

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/158165>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Banken in een macro-juridische context:

over recht, risico, resolutie en financiële stabiliteit

INAUGURELE REDE DOOR PROF. MR. BART BIERENS

in
au
gurele
redo

change perspective

Radboud Universiteit



INAUGURELE REDE
PROF. MR. B. BIERENS



Op 20 maart 2015 sprak prof. B. Bierens zijn inaugurele rede uit ter gelegenheid van de aanvaarding van de leerstoel Banking Law and Financial Regulation. In zijn rede bespreekt Bierens de samenhang tussen het recht, financiële stabiliteit en internationaal bankieren. Op welke wijze levert het recht een

bijdrage aan de stabiliteit van banken? De zoektocht naar een antwoord op deze vraag voert langs de belangrijkste werkplaatsen van het financieel recht. Sinds 2008, toen de financiële crisis uitbrak, zijn belangrijke stappen gezet door de mondiale coördinatie van stabiliteitsbevorderende normen, inclusief kapitaaleisen en nieuwe regels voor de afwikkeling van banken, de harmonisatie van regulering en een intensivering en verdieping van het bankentoezicht. Tegelijk kent het recht ook beperkingen en kan het zelfs de bron zijn van nieuwe risico's. De toegenomen hoeveelheid aan *soft law* en *hard law* leidt tot een afnemende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het recht. Ook draagt wetgeving door haar territoriale begrenzing bij aan de fragmentatie van de mondiale kapitaalmarkt. Kortom, een verkenning van de mogelijkheden en begrenzingen van een even interessant als actueel rechtsgebied.

Prof. mr. Bart Bierens (1971) is sinds 1 april 2014 bijzonder hoogleraar Banking Law and Financial Regulation aan de Radboud Universiteit. Daarnaast is hij werkzaam als jurist bij Rabobank in Utrecht.

BANKEN IN EEN MACRO-JURIDISCHE CONTEXT:
OVER RECHT, RISICO, RESOLUTIE EN FINANCIËLE STABILITEIT

Banken in een macro-juridische context: over recht, risico, resolutie en financiële stabiliteit

*Rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder
hoogleraar Banking Law and Financial Regulation aan de Radboud Universiteit op
vrijdag 20 maart 2015*

door prof. mr. Bart Bierens

Opmaak en productie: Radboud Universiteit, Facilitair Bedrijf, Print en Druk
Fotografie omslag: Bert Beelen

ISBN 978-90-9029784-2

© Prof. mr. B. Bierens, Voorburg, 2015

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd en/of openbaar worden gemaakt middels druk, fotokopie, microfilm, geluidsband of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de copyrighthouder.

'May you live in interesting times'

Chinees gezegde

INHOUDSOPGAVE

Lijst van afkortingen

1. Inleiding	11
2. Recht en bankbedrijf	12
2.1 <i>Juridische bouwstenen</i>	
2.2 <i>Regulering en toezicht</i>	
2.3 <i>Individuele en collectieve belangen</i>	
3. Bank, recht en risico	16
3.1 <i>Solvabiliteit en liquiditeit</i>	
3.2 <i>Regulering van risico's</i>	
3.3 <i>Risico's door regulering</i>	
4. De macro-juridische context	19
4.1 <i>Internationale banken</i>	
4.2 <i>Territoriale begrenzing van het recht</i>	
4.3 <i>Botsende nationale en mondiale belangen</i>	
5. Een meervoudig gelaagde context	21
5.1 <i>Mondiaal</i>	
5.2 <i>Regionaal</i>	
5.3 <i>Nationaal</i>	
6. Een gecompartmenteerde context	25
6.1 <i>Extraterritoriale effecten</i>	
6.2 <i>Interventiebevoegdheden</i>	
7. Een tussenbalans: recht en risico	27
7.1 <i>Nogmaals: regulering van risico's</i>	
7.2 <i>Nogmaals: risico's door regulering</i>	
8. Samenwerkende toezichthouders	29
8.1 <i>Europese bankenunie: het SSM</i>	
8.2 <i>College van toezichthouders</i>	

9. Samenwerkende resolutieautoriteiten	31
9.1 <i>Europese bankenunie: het SRM</i>	
9.2 <i>Resolutie en 'bail-in'</i>	
9.3 <i>College van afwikkelingsautoriteiten</i>	
9.4 <i>Samenwerking met derde landen</i>	
10. Tot besluit	36
Dankwoord	37
Aangehaalde literatuur en jurisprudentie	39
Bijlage 1: Lijst van mondiaal systeemrelevante banken	44
Bijlage 2: New York Banking Law - Section 606: When superintendent may take possession of banking organization; when possession may be surrendered	45

LIJST VAN AFKORTINGEN

ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BRRD	Bank Recovery and Resolution Directive
CRD IV	Capital Requirements Directive
CRR	Capital Requirements Regulation
DGS	Depositgarantiestelsel
Dodd-Frank	Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act
DNB	De Nederlandsche Bank
EBA	European Banking Authority
ECB	European Central Bank
EU	Europese Unie
Eurogebied	België, Duitsland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Slovenië, Cyprus, Malta, Slowakije, Estland, Letland, Litouwen
FATCA	Foreign Account Tax Compliance Act
FSB	Financial Stability Board
G20	Argentinië, Australië, Brazilië, Canada, China, Frankrijk, Duitsland, India, Indonesië, Italië, Japan, Mexico, Korea, Rusland, Saoedi-Arabië, Zuid Afrika, Turkije, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten en de EU
G-SIFIs	Global Systemically Important Financial Institutions
NYBL	New York Banking Law
SREP	Supervisory Review and Evaluation Process
SSM	Single Supervisory Mechanism
SRM	Single Resolution Mechanism
VK	Verenigd Koninkrijk
VS	Verenigde Staten van Amerika
Wft	Wet financieel toezicht

*Mijnheer de rector magnificus,
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

1. INLEIDING

Banken zijn belangrijke schakels in het financieel stelsel. De verwevenheid tussen de mondiale kapitaalmarkt, internationaal opererende banken en nationale overheden werd pijnlijk duidelijk toen in september 2008 het faillissement van de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers wereldwijd gevolgen had. Om het gevaar van de ineenstorting van het financieel stelsel af te wenden, moesten op meerdere continenten banken door de overheid worden gered. In Europa werd de kredietcrisis gevolgd door de eurocrisis en het dreigende uiteenvallen van de Europese Economische en Monetaire Unie.¹ Banken zijn niet alleen schakels in het financieel stelsel, maar zijn tegelijk diep verankerd in het recht. Het grootste deel van de activa op de bankbalans bestaat uit vorderingen voortvloeiend uit verstrekte kredieten; de passiva bestaan onder meer uit de schulden die zijn aangegaan door het aantrekken van deposito's. Omdat banken nauw verweven zijn met zowel het financieel stelsel als het recht, dringt de vraag zich op wat de samenhang is tussen het recht en financiële stabiliteit. Deze samenhang, in het bijzonder de wijze waarop het recht de stabiliteit van banken beïnvloedt, vormt het onderwerp van mijn oratie. Een eerste gedachte is dat het recht als vanzelfsprekend in posi-

¹ Over de kredietcrisis gevolgd door de eurocrisis en de ondergang of redding van banken is veel literatuur verschenen. Ik zal hier volstaan met een kleine selectie. Nederland: Rapporten van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (Commissie De Wit) *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, nr. 4 ('Verloren krediet'); *Kamerstukken II*, 2011/12, 31 980, nr. 61 ('Verloren krediet II', Eindrapport); Rapport van de Commissie Structuur Nederlandse Banken (Commissie Wijffels), 'Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen', *Kamerstukken II* 2012/13, 32 013, nr. 33; VK: *The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis*, Financial Services Authority 2009; EU: *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Brussel 2009 (Laroisière Rapport); *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Brussel, 2012 (Liikanen Rapport); *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Report by the President of the European Council Herman Van Rompuy (EUCO 120/12); Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, *Een routekaart naar een bankenunie*, COM(2012) 510 final. VS: *The Financial Crisis Inquiry Report*, National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, 2011. Voor een toegankelijke beschrijving van de oorzaken en de gevolgen de kredietcrisis: A.S. Blinder, *After the Music Stopped. The Financial Crisis, the Response, and the Work Ahead*, New York, 2013. Over de achtergronden van de Eurocrisis: J. Nordvig, *The Fall of the Euro. Reinventing the Eurozone and the Future of Global Investing*, New York, 2014.

tieve zin bijdraagt aan de stabiliteit van banken. Het bevorderen van financiële stabiliteit is immers de drijfveer achter vele recente wetswijzigingen.² Die gedachte zal ik hierna uitwerken en op onderdelen nuanceren, waarbij diverse actuele thema's uit het financieel recht de revue passeren. Regulering kan daarnaast ook de bron zijn van risico's, waarvan er enkele vooral in een internationaal perspectief zichtbaar worden.³

2. RECHT EN BANKBEDRIJF

2.1 *Juridische bouwstenen*

Het vertrekpunt van mijn analyse is de vraag: 'wat is een bank?' De wettelijke definitie die het aanknopingspunt vormt voor de regulering van bancaire activiteiten, spreekt over 'een onderneming waarvan de werkzaamheden bestaan in het bij het publiek aantrekken van deposito's of van andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening'.⁴ Zowel aan het inlenen als aan het uitlenen door de bank liggen contractuele verhoudingen met klanten ten grondslag. Wanneer het kredietver-

² Sinds de financiële crisis is het streven naar financiële stabiliteit opgeklommen naar de top van de agenda van wetgevers en beleidsmakers; M. Andenas, I. H-Y Chiu, *The foundations and future of financial regulation*, 2014, p. 16-72. Voor een verkenning van het begrip systeemrisico: S.L. Schwarcz, 'Systemic Risk', *The Georgetown Law Journal*, 2008 (vol. 97), p. 193.

³ Met financiële regulering en toezicht kunnen diverse doelstellingen worden nagestreefd, zoals het wegnemen van barrières die de werking van de financiële markt verhinderen, het beschermen van zwakkere partijen op deze markt of financiële stabiliteit. Tegelijk dwingt dat ook om rekenschap te geven van de mogelijkheden en beperkingen van het recht om deze doelstelling te realiseren. Immers, wetten en regels die meer beloven dat ze kunnen waarmaken creëren de illusie van controle, leiden op de lange termijn tot teleurstellingen over de ineffectiviteit van eerder genomen maatregelen en kunnen door het verlies van vertrouwen op termijn zelfs contraproductief werken.

⁴ De definitie van 'bank' in art. 1:1 Wft verwijst naar 'kredietinstelling' als bedoeld in art. 4 lid 1 onder (1) van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PbEU 2013, L 176, p. 1 ('CRR'). Voor een opsomming van bancaire werkzaamheden die binnen de EU onder de wederzijdse erkenning vallen: Bijlage 1 bij Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende toegang tot het bedrijf van kredietinstellingen en het prudentieel toezicht op kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, tot wijziging van Richtlijn 2002/87/EG en tot intrekking van de Richtlijnen 2006/48/EG en 2006/49/EG, PbEU 2013, L 176, p. 338 ('CRD IV'). Voor een analyse van het begrip bank: B.P.M. Joosen, 'De definitie van kredietinstelling in het Europese Single Rule Book', *TvFR* 2015, p. 172-183; R. Theissen, *EU Banking Supervision*, 2013, p. 139 e.v.

lening betreft, zal de bank doorgaans een vorm van zekerheid tot terugbetaling verlangen zoals een pandrecht op een vordering of een recht van hypotheek op een te financieren onroerende zaak. Omdat de bank deze rechtsverhoudingen voor eigen rekening aangaat, wordt het bankbedrijf uitgeoefend door een rechtspersoon die de drager is van deze vermogensrechtelijke aanspraken en plichten. Deze rechtspersoon is partij bij de deposito- en kredietovereenkomsten met klanten. De rechtsvorm heeft ook gevolgen voor de financiering en zeggenschapsstructuur van het bankbedrijf. Banken die als een vennootschap zijn vormgegeven, zoals ING, ABN AMRO of SNS Bank, kunnen kapitaal aantrekken door de uitgifte van aandelen. De aandeelhouders zijn kapitaalverschaffers, hebben stemrecht en zijn uiteindelijk de ‘eigenaren’ van de bank. Bij een coöperatieve bank, zoals Rabobank, is de zeggenschap vormgegeven via het lidmaatschap en valt deze niet noodzakelijk samen met de rol van kapitaalverschaffer.⁵

5 Er zijn meer banken in Nederland actief dan alleen de beeldbepalende grootbanken. Volgens het CBS betreft het 91 kredietinstellingen, waarvan er 29 een Nederlands en 62 een buitenlands moederbedrijf hebben (cijfers over 2013). In het register van banken, dat via www.dnb.nl is te raadplegen, zijn ook banken te vinden die zich specifiek richten op bepaalde marktsegmenten, zoals BinckBank voor online beleggingsdiensten of Bank Insinger de Beaufort voor vermogende particulieren. Er zijn ook banken die behoren tot een groep met een niet-bancaire hoofdactiviteit, zoals bijvoorbeeld Achmea Bank N.V. of FCE Bank plc., een Nederlands bijkantoor van een bank elders in de EER, onder meer handelend onder de namen Ford Credit, Jaguar Financial Services en Volvo Car Finance. In de praktijk komt het ook voor dat tot een concern met een niet-bancaire hoofdactiviteit ook een financiële dochtervennootschap behoort. Dergelijke *concernfinancieringsmaatschappijen* trekken soms geld aan van het publiek door de uitgifte van effecten en lenen dit geld uit binnen de groep waartoe ze behoren. Deze activiteit valt in beginsel binnen de reikwijdte van het bankverbod maar de wet voorziet in een uitzondering: art. 2:11 Wft jo. art. 3:2 Wft. Zie: L.H.R. Smit, A.I. Gospodinov, ‘Wijzigingswet financiële markten 2015: wat verandert er voor concernfinancieringsmaatschappijen?’, *TvFR* 2015, p. 5-12. Nog weer een andere variant betreft de *opt-in-bank* als bedoeld in art. 3:4 Wft. Een dergelijke financiële entiteit onderwerpt zich vrijwillig aan een toezichtsregime dat in beginsel gelijk is aan het regime voor ‘echte’ banken. Marktpartijen hebben daardoor een groter vertrouwen in deze entiteit wat zich weer vertaalt in een lagere risicopremie over het aangetrokken geld. Verder zijn op de Nederlandse markt *kredietunies* actief, die recent door een initiatiefwet zijn gereguleerd. Het betreft hier in essentie een op een coöperatieve leest geschoeide bank waarvan het balanstotaal is begrensd en waarop een specifiek Nederlands prudentieel regime op van toepassing is: Wet toezicht kredietunies, *Stb.* 2015, 304; art. 2:540, 2:54p en 2:54q Wft; Besluit toezicht kredietunies, *Stb.* 2015, 512; Regeling toezicht kredietunies, *Stcrt.* 2015, nr. 45349. Zie: M.H.P. Claassen, J.L. Snijders, ‘De ontwikkeling van de Nederlandse kredietunie als alternatieve financieringsvorm’, *FIP* 2015(5) 271. Het is verboden om in Nederland de naam ‘bank’ te gebruiken, tenzij duidelijk blijkt dat de houder van deze naam niet op de financiële markten actief is; art. 3:7 Wft; art. 26-

2.2 Regulering en toezicht

Terwijl een bank is opgetrokken uit rechtsfiguren en samenwerkingsverbanden die zijn terug te vinden in het Burgerlijk Wetboek (BW), is de bank als geheel onderworpen aan publiekrechtelijke vereisten. Toetreding tot de Nederlandse markt voor bancaire dienstverlening verlangt een vergunning die wordt verleend door de Europese Centrale Bank (ECB) na voorbereidende werkzaamheden door De Nederlandsche Bank (DNB). Nadat de vergunning is verleend, dient de bank doorlopend de vereisten na te leven uit onder meer de Wet op het financieel toezicht (Wft), daarop gebaseerde regelingen en diverse

31 Vrijstellingsregeling Wft. In de praktijk vragen *representative offices* van buitenlandse banken soms een ontheffing aan om toch onder hun handelsnaam te mogen opereren. Het gaat dan om een in Nederland gevestigd kantoor van een buitenlandse bank. Vanuit dit Nederlandse 'rep-office' mogen dan uitsluitend niet-financiële werkzaamheden plaatsvinden. Bij *crowdfunding* worden vraag en aanbod met betrekking tot vormen van krediet samengebracht, waarover J.M. van Poelgeest, 'Crowdfunding, mede mogelijk gemaakt door de wetgever?' O&F 2014, p. 38-61. Dit lijkt op het eerste gezicht wellicht op een bancaire dienst maar kent toch belangrijke verschillen. Banken trekken geld aan en verlenen krediet op eigen naam, terwijl er bij crowdfunding uiteindelijk een directe rechtsverhouding ontstaat tussen aanbieder en afnemer van het krediet. De kredietverschaffer draagt daarmee het debiteurenrisico. Het crowdfundingplatform heeft doorgaans alleen een faciliterende rol bij het samenbrengen van vraag en aanbod. De activiteiten van financieringsmaatschappijen, bepaalde categorieën beleggingsinstellingen en kredietverlening door kredietplatforms anders dan banken, worden tezamen ook wel onder de noemer 'schaduwbankieren' gebracht. Toezichthouders volgen deze activiteiten vanwege de risico's voor de financiële stabiliteit. DNB concludeerde dat de omvang van het Nederlandse schaduwbankwezen met EUR 207 miljard aanzienlijk kleiner is dan eerdere schattingen lieten zien; DNB, *Scherper licht op financiële stabiliteitsrisico's van het schaduwbankwezen*, Occasional Studies vol. 13-7, 2015. Ik richt mij in deze oratie uitsluitend op gereguleerde banken, in het bijzonder de groep van de grootste mondiaal opererende banken.

- ⁶ Art. 2:11 Wft, art. 2:12 Wft en art. 4 lid 1 Verordening (EU) nr. 1024/2013 van de Raad van 15 oktober 2013 waarbij aan de Europese Centrale Bank specifieke taken worden opgedragen betreffende het beleid inzake het prudentieel toezicht op kredietinstellingen, PbEU 2013, L 287, p. 63 ('SSM-Verordening'). Als een vergunning wordt aangevraagd voor een bank die ook beleggingsdiensten zal aanbieden of beleggingsactiviteiten zal verrichten, moet de aanvrager aantonen dat ook is voldaan aan de relevante vereisten uit het Deel Gedragstoezicht Wft. DNB zal over de vergunningaanvraag advies inwinnen van de AFM; art. 2:13 Wft en art. 1:48 Wft. Is de vergunning eenmaal verleend, dan staat de bank voor de betreffende diensten onder doorlopend toezicht van de AFM. De bank zal ook langs andere wegen de AFM tegenkomen. Banken kunnen, mede afhankelijk van hun rechtsvorm, geld aantrekken door de uitgifte van obligaties of aandelen. De aanbieding van dergelijke effecten aan het publiek of de toelating van dergelijke effecten op een gereguleerde markt, verlangen - enkele uitzonderingen daargelaten - een door de AFM goedgekeurd prospectus; art. 5:2, art. 5:6 Wft, art. 5:9 Wft.

Europese verordeningen, waaronder de CRR, met daarin gedetailleerde kapitaalsvereisten.⁷ De Wft maakt een onderscheid tussen prudentieel toezicht en het gedragstoezicht. Het prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen, waaronder banken, en de stabiliteit van het financiële stelsel.⁸ De ECB bewaakt samen met nationale banktoezichthouders in de eurozone de naleving door de bank van de toepasselijke prudentiële vereisten. Het gedragstoezicht is, mede in het belang van de stabiliteit van het financiële stelsel, gericht op transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.⁹ De Autoriteit Financiële Markten (AFM) houdt toezicht op de naleving van deze regels. De toezichthouders kunnen de naleving afdwingen door gebruik te maken van handhavingsbevoegdheden zoals een aanwijzing, last onder dwangsom of een bestuurlijke boete.¹⁰

2.3 *Individuele en collectieve belangen*

De rechtsregels die het bankbedrijf bepalen zijn nauw verbonden met uiteenlopende individuele en collectieve belangen. Immers, een bank: (i) heeft klanten aan beide zijden van de balans die een minimale rente willen betalen over hun schuld respectievelijk een maximale rente willen ontvangen over hun tegoed; (ii) dient voldoende te verdienen om de continuïteit van de dienstverlening ook op de langere termijn te waarborgen; en (iii) heeft vanwege het maatschappelijk belang van sommige bancaire diensten

⁷ Voor een overzicht: L.J. Silverentand e.a., *Hoofdpijnen Wft*, 2015, p. 29-99.

⁸ Art. 1:24 lid 1 Wft. Stabiliteit werd aan de taakstelling van DNB en de AFM toegevoegd in de Wijzigingswet financiële markten 2014, Stb. 2013, 487. Samen met het Ministerie van Financiën participeren DNB en de AFM in het Financieel Stabiliteitscomité. Dit comité werd in 2012 opgericht en heeft tot taak om risico's voor de financiële stabiliteit in Nederland te signaleren en daarover aanbevelingen te doen.

⁹ Art. 1:25 lid 1 Wft. Het financieel toezicht op banken en andere marktpartijen kan op verschillende manieren worden vormgegeven. De tweedeling tussen prudentieel- en gedragstoezicht met verschillende toezichthouders is een van de modellen. Voor een inleiding tot deze en andere modellen: E. Ferran, *Institutional Design. The Choices for National Systems*, in: N. Moloney (e.a.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, 2015, p. 97. Internationaal opererende banken kunnen over de grens dus met andere toezichtsstructuren worden geconfronteerd dan in het land van de hoofdvesting. Verder moet voor ogen worden gehouden dat binnen de eurozone het prudentieel bankentoezicht met de ECB een supranationale toezichthouder heeft terwijl het gedragstoezicht een louter nationale aangelegenheid is gebleven. Ik laat het toezicht door de AFM hierna rusten en richt mij op het internationaal prudentieel bankentoezicht. De taken van de recent gevormde resolutieautoriteiten komen in par. 9 aan de orde.

¹⁰ Art. 1:75 Wft, art. 1:79 Wft en art. 1:80 Wft. Zie art. 18 SSM-Verordening voor de bevoegdheden van de ECB.

ook een verplichting aan de maatschappij. Dat laatste betreft de continuïteit van maatschappelijk kritieke functies zoals het betalingsverkeer en vormen van lenen en sparen. Als deze diensten onverwacht en op grote schaal wegvallen, leidt dat tot een ernstige ontwrichting van de reële economie en financiële stabiliteit.¹¹ Op het hoogtepunt van de financiële crisis werd dergelijk onheil ternauwernood afgewend door het nationaliseren van banken, ook wel een *bail-out* genoemd. Het geld werd door de staat geleend op de kapitaalmarkt en daarmee betaald door de belastingbetaler. De verwevenheid tussen bancaire diensten en maatschappelijke belangen zorgt voor een systeemrisico. Als een bank wordt gered met publieke middelen, maar er tegelijk twijfel ontstaat over de houdbaarheid van de schuldenlast van de staat die de redding financiert, dan kan dat leiden tot oplopende rente op de betreffende staatsobligaties. Een houdbare nationale schuldenlast wordt daarmee alsnog ondragelijk. Als het betreffende land ook nog deel uitmaakt van een muntunie, zijn de risico's nauwelijks te overzien, zoals de rol van Griekenland in de eurocrisis heeft aangetoond. Deze belangen verklaren zowel waarom voor banken specifieke regelingen in de wet zijn opgenomen – zoals hierna te bespreken: een depositogarantieregeling en toegang tot noodsteun door de centrale bank – als waarom banken zijn gereguleerd en onderworpen aan extern toezicht.¹²

3. BANK, RECHT EN RISICO

3.1 *Solvabiliteit en liquiditeit*

Het bancair bedrijfsmodel bevat specifieke risico's. In de eerste plaats zijn banken blootgesteld aan liquiditeitsrisico's. Het geld dat banken van het publiek ontvangen dient doorgaans op een betrekkelijk korte termijn te worden terugbetaald. Daarentegen hebben de uitzettingen van de bank een langere looptijd. Hypothecaire leningen behoeven pas na een tiental jaren te worden afgelost. Als klanten het vertrouwen in de bank ver-

¹¹ De nutsfunctie van systeembanken kwam aan de orde in Hof Amsterdam 5 april 2012, JOR 2013/41, m.nt. C.D.J. Bulten (VEB/Ageas). Op een systeembank rust een bijzondere zorgplicht en het bestuur diende bij zijn beleidsafwegingen en besluitvorming ook het algemeen maatschappelijk belang te betrekken dat gemoeid is met Fortis' instandhouding. Dit criterium was als zodanig niet bestreden in cassatie en hield (dus) stand: HR 6 december 2013, JOR 2014/65, m.nt M. Holtzer (Ageas/VEB); D. Busch, 'Ook volgens Hoge Raad wanbeleid bij Fortis na overname ABN AMRO', FR 2014-1/2, p. 30-35.

¹² De rol die banken vervullen bij het proces van geldschepping en de transmissie van het monetair beleid van de ECB laat ik hier buiten beschouwing. Zie o.m. W. Boonstra, *Geld speelt (g)een rol. Over de waarde, schepping en vernietiging van geld* (Oratie Amsterdam) 2013; J. Peek, E. Rosengren, *The role of banks in the transmission of monetary policy*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 453-473.

liezen en massaal geld opnemen, zal de bank onherroepelijk in betalingsproblemen komen. In de tweede plaats lopen banken risico's door wanbetalingen of een waardedaling van de uitzettingen. Een belangrijke factor in het ontstaan van de kredietcrisis was onzekerheid in de markt over de blootstelling van banken aan de imploderende Amerikaanse huizenmarkt en de gevolgen daarvan voor de solvabiliteit van banken. Tijdens de eurocrisis sloeg de twijfel over de houdbaarheid van de schuldenlast van Griekenland en enkele andere Europese lidstaten over op de bankensector. Banken in deze lidstaten hadden voor substantiële bedragen aan staatsobligaties op hun balans staan. Als er twijfel ontstaat of deze staatsobligaties worden afgelost, ontstaat er daarmee ook twijfel over de solvabiliteit van de bank. Banken moeten daarom over voldoende eigen vermogen beschikken om verliezen op te kunnen vangen zonder dat de eigen verplichtingen van de bank jegens spaarders en andere schuldeisers in gevaar komen.¹³

3.2 *Regulering van risico's*

De wet bevat vereisten die de solvabiliteit en liquiditeit van banken moeten waarborgen.¹⁴ Ik licht er een paar uit. De CRR/CRD IV stellen eisen aan de kwaliteit en kwantiteit van het kapitaal van de bank. Er dient een minimumverhouding te bestaan tussen de risico's verbonden aan de uitzettingen (actiefzijde van de balans) en het kapitaal dat deze risico's kan absorberen (passiefzijde van de balans).¹⁵ Het risicoabsorberend kapitaal is onderverdeeld in verschillende categorieën waarbij aandelenkapitaal en daarop gestort agio, vrije reserves en tussentijdse winsten (tezamen 'CET 1') het sterkste is.¹⁶ In aanvulling op de verplichte eigenvermogeneisen kunnen extra kapitaalbuffers van toepassing zijn, waaronder een buffer voor systeemrelevante banken en een buffer voor systeemrisico's.¹⁷ Ook kan de toezichthouder op basis van een periodieke evaluatie besluiten hogere solvabiliteitseisen op te leggen.¹⁸ Om de liquiditeit van de bank te waar-

¹³ Naast deze krediet- en marktrisico's, zijn banken ook blootgesteld aan operationele risico's. Tot de categorie operationele risico's behoren, naast falende interne processen, ook juridische risico's: art. 4 lid 1 onder (52) CRR.

¹⁴ E.P.M. Joosen, M.K.Z. Groot, *Kapitaal- en liquiditeitseisen voor banken*, 2015.

¹⁵ Art. 3:57 Wft.

¹⁶ Art. 50 CRR.

¹⁷ Art. 129, 130, 131 en 133 CRD IV; art. 3:62a Wft; art. 105-105i Bpr Wft. De toepasselijkheid en de hoogte is afhankelijk van de aard van de bank en de stand van de economie: Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten, *Kamerstukken II* 2013/14, 33849, nr. 3 (MvT), p. 3, 44-45. De systeemrelevantiebuffer kreeg in Nederland een wettelijke basis door de Wijzigingswet financiële markten 2015, *Kamerstukken II* 2012/13, 33632, Stb. 2013, 487.

¹⁸ Art. 97, 98 en 104 CRD IV; art. 3:18a en 3:111a Wft. Dit is het *supervisory review and evaluation process* (SREP). Zie ook par. 8.2.

borgen, moet een bank een *bankrun* van dertig dagen kunnen doorstaan.¹⁹ Een deel van de uitzettingen van banken bestaat uit activa die snel in geld kunnen worden omgezet of direct opvraagbare tegoeden bij andere banken. Ook kunnen banken onder voorwaarden bij de ECB liquiditeitssteun krijgen. De kans dat klanten daadwerkelijk massaal geld opnemen wordt verkleind door het depositogarantiestelsel (DGS). Dit zorgt ervoor dat particulieren en zakelijke spaarders hun tegoed tot een bedrag van € 100.000 te allen tijde terugkrijgen, dus ook bij een deconfiture van hun bank. De kosten worden gedragen door andere banken die aan het DGS deelnemen. Deze garantie is alleen van toepassing op tegoeden die worden aangehouden bij een vergunninghoudende bank.²⁰

3.3 *Risico's door regulering*

De mate waarin de risico's van het bankbedrijf kunnen worden beperkt door middel van wetgeving, wordt begrensd door de mogelijkheden van het recht als instrument. In de eerste plaats kan regulering onvoorziene of ronduit contraproductieve effecten hebben. De prudentiële vereisten voor banken zijn inmiddels zo complex en de kosten voor compliance zo hoog geworden dat deze een barrière opleveren voor nieuwe markttoetreders. Het streven naar een stabiel bancaire stelsel beïnvloedt daarmee de concurrentie, prijsvorming en diversiteit binnen de bancaire sector.²¹ Ook kan de kredietverlening onder druk komen te staan: een van de manieren om te voldoen aan de verhoogde kapitaalratio uit de CRR/CRD IV is het verminderen van de risico gewogen activa op de balans. Dat heeft een drukkend effect op de kredietverlening waardoor bedrijven en consumenten op andere wijze in hun kredietbehoefte gaan voorzien. Dit kan weer leiden tot nieuwe systeemrisico's.

In de tweede plaats ligt er in de uitoefening van bevoegdheden en de toepassing van wettelijke normen een mate van onzekerheid besloten. Als een rechter zich moet uitspreken over rechtsvragen die raken aan de solvabiliteit of de liquiditeit van banken,

¹⁹ Art. 412 lid 1 CRR, de *Liquidity Coverage Ratio*.

²⁰ Richtlijn 2014/49/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake de depositogarantiestelsels (herschikking), PbEU 2014, L 173, p. 149; art. 3:259 lid 2 Wft en par. 6.4 Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft. Het DGS verkleint dus de kans op een *trigger event*. Zie voor het bestrijden van een ander *trigger event* art. 1:76b Wft waarbij, kort gezegd, een prudentiële maatregel of interventie door de toezichthouder als zodanig geen grond kan zijn voor het beëindigen van een overeenkomst en de financiële afwikkeling daarvan. Dit zou tot een domino-effect kunnen leiden en een redding van de bank doorkruisen.

²¹ Autoriteit Consument en Markt ('ACM'), *Barrières voor toetreding tot de Nederlandse bancaire retailsector*, juni 2014. Zie ook DNB, *Visie op de Structuur van de Nederlandse bankensector. Stabiliteit en efficiëntie door diversiteit en concurrentie*, juni 2015.

kan dat gevolgen hebben voor de positie van de bank als geheel.²² Ook heeft de wetgever op verschillende plaatsen in de wet bevoegdheden toegekend aan de toezichthouder. In de taakstelling van DNB en de AFM is de ‘stabiliteit van het financiële stelsel’ opgenomen. De bescherming van de binnenlandse markt en het streven naar financiële stabiliteit kan de toezichthouder voor lastige dilemma’s plaatsen bij het uitoefening van deze bevoegdheden. Ik kom daar nog op terug.²³

4. DE MACRO-JURIDISCHE CONTEXT

De voorgaande analyse toont dat het recht nauw is verbonden met bankieren. Tegelijk is de gekozen invalshoek nog te beperkt om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden. Een studie naar de samenhang tussen recht en de stabiliteit van banken vereist een grootschaliger perspectief, zodat ook internationale bankgroepen, internationale regulering en divergerende nationale belangen in beeld komen. Ik noem dit de ‘macro-juridische context van banken’.²⁴

4.1 Internationale banken

De grootste bankgroepen ter wereld hebben een balanstotaal vergelijkbaar met de omvang van nationale economieën, zijn actief in tientallen landen en zijn samengesteld uit soms duizenden juridische entiteiten.²⁵ De juridische en operationele organisatie van dergelijke bankgroepen is het resultaat van strategische keuzen, eerdere overnames,

²² Denk aan de herkwalificatie van financiële instrumenten waardoor die niet langer meer meetellen voor de kapitaalvereisten. Ter illustratie: ABN Amro maakte op 10 augustus 2015 in een persbericht bekend dat zij was geïnformeerd door de ECB dat bepaalde Tier 2-instrumenten moeten worden uitgesloten van de berekening van de *total capital*-ratio. De ECB was tot dit oordeel gekomen naar aanleiding van HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661; JOR 2015/140, m.nt. Josephus Jitta en NJ 2015/361, m.nt. J.W. Winter/en P. van Schilfgaarde (SNS), r.o. 4.30-4.35.2.

²³ Ik volsta hier met een verwijzing naar het onderzoeksrapport ‘De bevoegdheden van De Nederlandsche Bank inzake Icesave’, *Kamerstukken II* 2008/09, 31371, nr. 205. Kort gezegd was aan de orde of DNB in mei 2008 voorwaarden had kunnen stellen aan de toelating van Icesave tot de Nederlandse markt. Enkele maanden later ging Icesave failliet. Zie hierna ook par. 6.2.

²⁴ De term ‘macro-juridisch’ werd in een ander verband reeds gebruikt door C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, 1999, p. 302.

²⁵ Ter indicatie: Deutsche Bank is actief in 61 landen en heeft 2124 dochtervennootschappen (data van mei 2013), ontleend aan R. Herring, J. Carmassi, *Complexity and Systemic Risk. What's Changed Since the Crisis?*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 77-112. De totale omvang van het Nederlandse bankwezen komt uit op ruim vier keer het Nederlands bruto binnenlands product (bbp) en is daarmee relatief groot. Zie ook E.P.M. Joosen en C.W.M. Lievever, ‘Financieel recht en internationale financiële groepen’, *Ondernemingsrecht* 2015/113.

organische groei, fiscale overwegingen en de wensen van de verschillende toezichhouders. Terwijl een bankconcern in het economisch verkeer als één geheel naar buiten treedt, hebben maar een beperkt aantal entiteiten daadwerkelijk een bankvergunning. Het zijn deze bankentiteiten die geld aantrekken van het publiek en krediet verlenen. Er zijn diverse toezichtsrechtelijke structuren die deze activiteiten internationaal mogelijk maken, zoals grensoverschrijdend vanuit het land van vestiging (een Nederlandse bank die internetrekeningen aanbiedt aan buitenlandse spaarders), door middel van een bijkantoor in het buitenland (bijvoorbeeld een Nederlandse bank die kredieten verleent via zijn kantoor in New York) of een lokaal opgerichte en gekapitaliseerde dochtervennootschap met een eigen bankvergunning (zoals een Nederlandse dochtervennootschap van een Japanse bank).²⁶ Op basis van een aantal indicatoren zijn op dit moment wereldwijd 30 banken, waaronder ING Bank, aangemerkt als *global systemically important banks* (G-SIBs).²⁷ Een bank kan ook door nationale autoriteiten systeemrelevant worden geacht en is dan een *domestic systemically important bank* (D-SIB). Deze systeemrelevante banken moeten een extra kapitaalbuffer aanhouden.²⁸

4.2 Territoriale begrenzing van het recht

Een mondiaal perspectief toont de wereldkaart met rechtstelsels. Op het eerste gezicht levert dit een langs nationale grenzen gefragmenteerd beeld op. Is een bank in vijftien landen actief, dan moeten de wetten uit een gelijk aantal jurisdicties worden nageleefd, in ieder geval door de lokale groepsonderdelen. Het Amerikaanse recht is daarbij een dominante factor. Iedere mondiaal systeemrelevante bank is actief in de Verenigde Staten (VS) vanwege de omvang van de kapitaalmarkt en het belang van de US dollar. Een bank krijgt daar te maken met zowel het federale recht als het recht van de afzonderlijke staten. Dus: een bank met een vestiging op *Wall Street* in New York is onderworpen aan zowel de federale *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* ('Dodd-Frank Act') als ook de *New York Banking Law* ('NYBL'). Verder zijn

²⁶ Art. 2:11 Wft en art. 2:108 Wft (bijkantoor EER); art. 2:110 Wft (grensoverschrijdend EER); art. 2:111 Wft (bijkantoor buiten EER).

²⁷ BCBS, *Global systemically important banks: updated assessment methodology and the higher loss absorbency requirement*, juli 2013. Zie ook art. 441 CRR en Uitvoeringsverordening (EU) Nr. 1030/2014 van de Commissie van 29 september 2014, PbEU L 284, p. 14. Op 2 november 2015 werd de 2015 *update of list of global systemically important banks* gepubliceerd door het FSB, te raadplegen via www.fsb.org. De namen en het land van herkomst van deze banken staan vermeld in bijlage 1 bij deze oratie. Zie ook J. Barth, C. Brummer, T.C. Li, D. Nolle, *Systemically Important Banks (SIBS) in the Post-Crisis Era*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 617-664.

²⁸ Art. 131 CRD IV; art. 3:62a lid 2 Wft.

er per jurisdictie verschillen in het overeenkomsten-, zekerheden-, aansprakelijkheids- en faillissementsrecht. Ik laat al deze materiële verschillen voor wat ze zijn. Het gaat mij hier vooral om de territoriale begrenzing van het recht in combinatie met het feit dat banken wereldwijd actief zijn. Systeemrelevante banken zijn dus gebouwd op de breuklijnen tussen nationale jurisdicties.²⁹

4.3 *Botsende nationale en mondiale belangen*

Een grootschalig perspectief laat ook zien dat er een spanningsveld ontstaat tussen het streven naar stabiele banken en nationale belangen. In de literatuur is dat gepresenteerd als een trilemma, dat inhoudt dat financiële stabiliteit, internationaal bankieren en nationale regulering onmogelijk met elkaar zijn te verenigen.³⁰ Dit spanningsveld werd op het hoogtepunt van de financiële crisis duidelijk toen nationale overheden en toezichthouders ervoor kozen om bij de redding of afwikkeling van banken prioriteit te geven aan de belangen van de nationale schuldeisers. Op zich is dat niet vreemd: financiële toezichthouders vervullen hun taak onafhankelijk maar tegelijk dichtbij de politieke arena waar politici, kiezers en belastingbetalers zich roeren. Een toezichthouder zal eerder waardering oogsten voor het verdedigen van een binnenlands belang en de continuïteit van bankdiensten binnen de landsgrenzen dan voor het bewaken van mondiale stabiliteit ten koste van de nationale belastingbetaler. Als het erop aankomt, gaan binnenlandse belangen boven het belang van internationale financiële stabiliteit. Dat laatste doel is beter gediend met een gecoördineerde supranationale aanpak.³¹

5. EEN MEERVOUDIG GELAAGDE CONTEXT

Het hiervoor in grove lijnen geschetste beeld zal ik in deze en de volgende paragraaf verfijnen en verder in juridische kaders plaatsen. Om te beginnen is het beeld van nevenschikte rechtstelsels, vergelijkbaar met de landen op de wereldkaart, juist, maar onvolledig. De belangrijkste prudentiële bankregulering wordt tegenwoordig stapsgewijs en *top down* vormgegeven, via mondiale standaarden naar wetgeving met een regi-

²⁹ Ik heb mij voor de term breuklijn mede laten inspireren door R.G. Rajan, *Faultlines. How hidden fractures still threaten the world economy*, 2010.

³⁰ D. Schoenmaker, *Governance of International Banking. The Financial Trilemma*, 2013 (hierna: Schoenmaker, 2013); D. Rodrik, *The Globalisation Paradox*, 2011.

³¹ 'Global banks are global in life but national in death', aldus Mervyn King, Gouverneur van de Bank of England.

onaal bereik, zoals Europese richtlijnen en verordeningen, en uiteindelijk in nationale wetten, zoals de Wft.³²

5.1 Mondiaal

Op een mondiaal niveau zijn standaarden te vinden die betrekking hebben op kapitaal en, van meer recente datum, de afwikkeling van banken die in problemen verkeren. Het *Basel Committee on Banking Supervision* ('BCBS') is een in Zwitserland gevestigd forum waarin centrale banken uit de gehele wereld en de grootste economieën zijn vertegenwoordigd. Het BCBS ontstond in 1974 in de nasleep van het faillissement van Herstatt Bank en heeft daarna vooral bekendheid verworven met de diverse akkoorden waarin kapitaaleisen voor banken zijn neergelegd. 'Basel III' dateert uit 2010.³³ Daarnaast heeft het BCBS richtinggevend documenten voortgebracht over verwante onderwerpen, zoals de wijze waarop toezichthouders effectief kunnen samenwerken bij het toezicht op internationale banken.³⁴ Verder heeft de mondiale financiële crisis vanaf 2008 de agenda bepaald van de G-20, een politiek forum van 19 individuele landen en de EU. Door een besluit van de G-20 kreeg in 2009 het *Financial Stability Board* ('FSB') zijn huidige vorm. In het FSB zijn overheden en centrale banken vertegenwoordigd. Het FSB heeft standaarden vastgesteld voor de afwikkeling van banken, een onderwerp dat voor de crisis niet op dit niveau was gereguleerd. Het belangrijkste normenkader bestaat uit de *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* ('Key Attributes').³⁵ Deze standaarden beogen te voorkomen dat een bankfaillissement een schokgolf veroorzaakt in het financieel stelsel, de continuïteit van kritieke functies te waarborgen en de kapitaalverschaffers van de bank de gematerialiseerde risico's te laten absorberen. De gevaarlijke wisselwerking tussen noodlijdende banken en een oplopende staatsschuld moet daarmee worden doorbroken. De standaarden van het BCBS en

³² C. Brummer, *Soft law and the global Financial system. Rule making in the 21st century*, 2015. Een gelaagde structuur is niet exclusief voor het bankrecht en is ook in het vermogensrecht actueel. Zie bijvoorbeeld W. van Gerven, S. Lierman, *Algemeen Deel Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, 2010.

³³ BCBS, 'Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems', december 2010. Quaglia analyseert de totstandkoming van Basel I, II en III vanuit een politiek-economisch perspectief en spreekt van uploaden als nationale regels na onderhandelingen worden neergelegd in mondiale standaarden en van downloaden als de standaarden worden omgezet in wetgeving, zoals de Europese CRR/CRD IV; L. Quaglia, *The European Union & Global Financial Regulation*, 2014.

³⁴ BCBS, *Principles for effective supervisory colleges*, juni 2014. Zie hierna par. 8.2.

³⁵ De eerste versie van de *Key Attributes* dateert uit oktober 2011 en werd een maand later door de G-20 bekrachtigd. In oktober 2014 werd deze eerste versie aangevuld met enkele bijlagen.

FSB zijn *soft law* en de inhoud kan niet worden afgedwongen ten overstaan van een rechter. Ze worden wel wereldwijd gevolgd door wetgevers. Door middel van voortgangsrapportages en *peer reviews* wordt aandacht gevraagd voor de mate waarin de standaarden in wetgeving zijn verankerd.

5.2 Regionaal

Het tweede niveau betreft een samenwerkingsverband van staten, zoals de VS of de EU. Hier worden de onderwerpen uit mondiale standaarden ingebed in de betreffende rechtsorde. De wetgevers beperken zich niet tot het een-op-een vertalen van mondiale standaarden. De CRD IV, waarin samen met de CRR de kapitaalseisen uit 'Basel III' zijn terug te vinden, bevat bijvoorbeeld ook de juridische basis voor de wederzijdse erkenning van bankvergunningen binnen de EU/EER (het 'Europees Paspoort'). Ook zijn niet alle kapitaalbuffers in de CRD IV te herleiden tot Basel III.³⁶ De Key Attributes hebben aan de basis gelegen van de Richtlijn Herstel en Afwikkeling van Banken (ook bekend als de *Bank Recovery and Resolution Directive*, 'BRRD') en, wat betreft de eurozone, de SRM-Verordening.³⁷ De CRR/CRD IV en de BRRD maken deel uit van het Europese prudentieel bankenwetboek. Dit *Single Rule Book* is een van de initiatieven die naar aanleiding van de financiële crisis werden genomen. Het is van belang voor ogen te houden dat binnen de Europese wetgevingsprocedure ook verschillende niveaus worden onderscheiden. Zowel de CRD IV, CRR als de BRRD ('Level 1') bevatten grondslagen voor nadere uitwerkingen. Deze worden door de Commissie meestal als verordening vastgesteld ('Level 2') na te zijn voorbereid door de *European Banking Authority*

³⁶ E.P.M. Joosen, M.K.Z. Groot, *Kapitaal- en liquiditeitseisen voor banken*, 2015, p. 137.

³⁷ Richtlijn 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Richtlijn 82/891/EEG van de Raad en de Richtlijnen 2001/24/EG, 2002/47/EG, 2004/25/EG, 2005/56/EG, 2007/36/EG, 2011/35/EU, 2012/30/EU en 2013/36/EU en de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010 en (EU) nr. 648/2012, van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2014, L 173, p. 190 ('BRRD'); Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad, PbEU 2014, L 225, p. 1 ('SRM-Verordening').

(EBA). Ook kan de EBA richtsnoeren uitvaardigen. Het resulteert in een gedetailleerd, omvangrijk en complex juridisch kader.³⁸

5.3 Nationaal

Het derde niveau van wetgeving is nationaal begrensd. Europese richtlijnen zoals de CRD IV en BRRD worden hier door de afzonderlijke lidstaten geïmplementeerd in hun nationale wetten.³⁹ Daarnaast nemen nationale wetgevers zelf initiatieven tot de regulering van banken. Dat kan voor zover toegestaan onder het Europese recht door nationale additionele vereisten bovenop Europese minimumvereisten. Ook kan het zuiver nationaal gedreven initiatieven betreffen. Zo werd de Interventiewet in 2012 door de Nederlandse wetgever met terugwerkende kracht ingevoerd.⁴⁰ Op grond daarvan werd SNS Reaal op 1 februari 2013 genationaliseerd.⁴¹ Achteraf gezien was het dus een verstandig besluit van de Nederlandse wetgever om de BRRD, die toen nog op Europees niveau in voorbereiding was, niet langer af te wachten. Verder herinner ik hier aan mijn eerdere constatering dat het overeenkomsten- en zekerhedenrecht belangrijke bouwstenen vormen voor het bancaire bedrijf. Immers, deposito's worden ontvangen en kredieten verleend op basis van contracten en afgedekt met een pandrecht of hypotheek.

³⁸ 'Its size alone makes it a monster': K. Lannoo, *The Great Financial Plumbing. From Northern Rock to Banking Union*, (CEPS), 2015, p. 87 m.b.t. de CRR/CRD IV. Op de website van de Europese Commissie zijn tabellen te vinden met de stand van zaken met betrekking tot de voortgang van CRR/CRD IV Level 2 regelgeving. Er is voorzien in 50 Regulatory Technical Standards (RTS) en 29 Implementing Technical Standards (ITS), waarvan eind 2015 ongeveer de helft in het PbEU is verschenen. De BRRD bevat de grondslag voor in totaal 32 aanbevelingen, richtsnoeren, ITS en RTS.

³⁹ CRD IV: Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten, *Kamerstukken II* 2013/14, 33849, Stb. 2014, 253; Implementatiebesluit richtlijn en verordening kapitaalvereisten, Stb. 2014, 303, Besluit uitvoering publicatieverplichtingen richtlijn kapitaalvereisten, Stb. 2014, 334; BRRD: Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34208, Stb 2015, nr. 431; Implementatiebesluit Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen, Stb. 2015, nr. 433.

⁴⁰ Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen, *Kamerstukken II* 2011/12, 33059, (Stb. 2012, 241), waarover V.P.G. de Serière, *Als de (stille?) noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector* (oratie Nijmegen), 2012.

⁴¹ Besluit van 1 februari 2013, *Stcrt.* 2013, nr. 3018; RvS 25 februari 2013, JOR 2013/140, m.nt. B.P.M. van Ravels en E.P.M. Joosen (VEB/Minister van Financiën); *Kamerstukken II* 2012/13, 33532, nr. 32 (Rapport Evaluatiecommissie SNS).

Het contracten- en zekerhedenrecht is in hoofdzaak nog altijd een nationale aangelegenheid. Dit leidt tot een interessante verwevenheid van rechtstelsels binnen een bankgroep. De publiekrechtelijke vereisten voortvloeiend uit de (nationale implementatie van de) CRR/CRD IV en BRRD kunnen betrekking hebben op contractuele verhoudingen die, afhankelijk van de financiële markt waar de bank actief is en de gemaakte rechtskeuzen, door bijvoorbeeld Nederlands, Engels of Amerikaans recht worden beheerst.

6. EEN GECOMPARTIMENTEERDE CONTEXT

De macro-juridische context van banken is niet alleen gelaagd maar ook gecompartmenteerd. De VS en de EU vormen daarbinnen de belangrijkste twee gebieden. De oorzaken voor deze tweedeling zijn de vergelijkbare omvang van de economie, het belang van de dollar en de euro, de regulatoire slagkracht en de aanwezigheid van mondiaal systeemrelevante banken.⁴² De beide compartimenten hebben divergerende belangen die ook in het recht doorklinken. Wettelijke vereisten en bevoegdheden kunnen defensief van aard zijn en, in exceptionele situaties, zelfs een offensief karakter krijgen. Twee voorbeelden uit de bankjuridische praktijk illustreren dat.⁴³

⁴² Met de term slagkracht doel ik op wat in de literatuur ook wel *regulatory capacity* wordt genoemd. Het betreft de mate van centralisatie en de beschikbaarheid van lokale wetgeving die als blauwdruk kan dienen voor mondiale standaarden. De VS en de EU zijn de belangrijkste jurisdicties in *global financial regulation*; Quaglia (2014), p. 18; Brummer (2015), p. 276. Van de in totaal 30 mondiaal systeemrelevante banken zijn er 8 gevestigd in de VS en 15 op het Europese continent. Daarvan hebben er 8 hun thuisbasis binnen de eurozone, 5 buiten de eurozone maar wel binnen de EU en 2 buiten de EU, namelijk Zwitserland; zie bijlage 1 bij deze oratie.

⁴³ Een ander voorbeeld dat ik hier slechts kort aanstip, zijn de vereisten die op grond van sectie 165 van de Dodd-Frank Act aan een foreign banking organisation (FBO) worden gesteld. Indien een FBO voor meer dan 50 miljard \$ aan activa aanhoudt in de VS, is deze verplicht een intermediate holding company (IHC) op te richten. Deze IHC dient aan de Dodd-Frank Act te voldoen, inclusief de vereisten die worden gesteld aan kapitaal en liquiditeit. De IHC werpt dus een Amerikaanse bankprudentiële beschermingsconstructie op. De maatregel werd in Europa scherp bekritiseerd, mede omdat deze tot stand kwam buiten de wetgevingsagenda van de G-20; Brummer (2015), p. 282-286.

6.1 Extraterritoriale effecten

Het eerste voorbeeld betreft de extraterritoriale werking van rechtsregels. Op grond van de *Foreign Account Tax Compliance Act* ('FATCA') zijn Amerikaanse staatsburgers verplicht om opgave te doen van hun vermogen buiten de VS. Om de naleving van deze verplichting te bevorderen, zijn niet-Amerikaanse banken gehouden om de aanspraken van hun Amerikaanse rekeninghouders te melden aan de Amerikaanse belastingautoriteit. Als buitenlandse banken niet voldoen aan deze vereisten, wordt door de VS een 30% bronheffing ingehouden op inkomsten uit Amerikaanse inkomensbronnen die door hen aan de bank worden betaald.⁴⁴ FATCA botst met het recht in diverse landen. Zo kan Europese wetgeving zich verzetten tegen de registratie van de nationaliteit of de rechtstreekse verstrekking van privacygevoelige informatie door banken aan de Amerikaanse belastingdienst. In Nederland oordeelde het College voor de Rechten van de Mens dat een in Nederland gevestigde bank een verboden onderscheid maakt op grond van nationaliteit door een rekeninghouder vanwege zijn Amerikaanse nationaliteit uit te sluiten van de dienstverlening.⁴⁵ Inmiddels heeft Nederland een verdrag gesloten met de VS om aan de Amerikaanse vereisten tegemoet te komen.⁴⁶

6.2 Interventiebevoegdheden

Het tweede voorbeeld betreft de bevoegdheden van toezichthouders om de binnenlandse markt te beschermen tegen de gevolgen van een buitenlands bankfaillissement. Dat toezichthouders een dergelijke bevoegdheid achter de hand willen houden is niet zo vreemd na de ondergang van internationaal opererende banken zoals Lehman Brothers en Landsbanki ('Icesave'). Kort voor deze faillissementen werden maatregelen genomen ter bescherming van hun thuismarkt waardoor buitenlandse schuldeisers in een nadeligere positie werden geplaatst. De Amerikaanse autoriteiten weigerden in het weekend voor 15 september 2008 Lehman Brothers Holding Inc. te ondersteunen – die toen faillieerde – maar hielden de dochtervennootschap Lehman Brothers Inc. nog vijf

⁴⁴ Voor een verdere toelichting zie: Goedkeuring van het op 18 december 2013 te 's-Gravenhage tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika tot verbetering van de internationale naleving van de belastingplicht en de tenuitvoerlegging van de FATCA (Trb. 2014, 22 en 128.), *Kamerstukken II* 2013/14, 33985, nr. 3 (MvT).

⁴⁵ College voor de Rechten van de Mens 2 april 2014, oordeel 2014-40 (*X/BinckBank*). Zie voor enkele meer persoonlijk gekleurde ervaringen van Nederlanders met een Amerikaans paspoort: *FD* 29 augustus 2015 ('De lange arm van de Amerikaanse belastingdienst').

⁴⁶ *Agreement between the Kingdom of The Netherlands and the United States of America to improve international tax compliance and to implement FATCA* van 18 december 2013. Dit verdrag is op 9 april 2014 bij Wet bekrachtigd, Stb. 2015, nr. 35.

dagen op de been vanwege binnenlandse systeemrisico's.⁴⁷ Icesave werd bij wet gesplitst en alleen de tegoeden van IJslandse depositohouders waren gegarandeerd. Het Verenigd Koninkrijk deed een beroep op de *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001* in een poging om de Britse belangen veilig te stellen.⁴⁸ In de Amerikaanse staat New York is een *superintendent* bevoegd om het beheer van de activa van een bijkantoor over te nemen.⁴⁹ Normaal gesproken leidt deze bevoegdheid een sluimerend bestaan maar zij kan worden ingeroepen als door problemen in de Europese hoofdvestiging ook het bijkantoor in New York ten onder dreigt te gaan. Het gevolg is dat activa van het Amerikaanse bijkantoor van de betreffende Europese bank worden afgezonderd ten behoeve van Amerikaanse schuldeisers. Deze internationaal en territoriaal begrensde variant van het afgescheiden vermogen wordt ook wel *ring fencing* genoemd. Met het activeren van een dergelijke *ring fence* ontstaat het risico dat een reddingsoperatie door de autoriteiten in het land van herkomst door Amerikaanse interventies wordt doorkruist.⁵⁰

7. EEN TUSSENBALANS: RECHT EN RISICO

Ik keer terug naar de hoofdvraag van deze oratie voor een tussenbalans. Het macro-juridisch perspectief heeft enkele andere aspecten van de samenhang tussen recht en de stabiliteit van banken belicht.

7.1 Nogmaals: regulering van risico's

Laten we opnieuw de vereisten uit het stabiliteitsbevorderende deel van het bankrecht bezien. Er blijkt hier sprake van een internationale coördinatie van nationale vereisten. Omgeven door regionale aanvullingen en nationale varianten, bevat het recht een wereldwijde kern van minimumkapitaalvereisten en regels voor de ordentelijke afwikkeling van een bank-in-problemen. Deze afstemming tussen jurisdicties vindt plaats door middel van *soft law* standaarden die gevolgd worden door de wetgevers in de grootste jurisdicties. Uiteraard kan het altijd beter en bestaat er verschil van inzicht of de minimumeisen toereikend zijn. Toch is deze coördinatie van normen een significante prestatie. Het voorkomt een *race to the bottom*, verzacht de negatieve effecten van de territo-

⁴⁷ Schoenmaker, 2013, p. 73.

⁴⁸ C. Proctor, *The law and practice of international banking*, 2010, p. 272-280.

⁴⁹ § 606 NYBL, zie de tekst opgenomen in bijlage 2 bij deze oratie.

⁵⁰ Naast in de hier bedoelde betekenis wordt *ring fence* ook gebruikt om het geheel van juridische en organisatorische maatregelen aan te duiden waarmee activiteiten binnen een bankgroep van elkaar worden gescheiden. Het gaat dan om bijvoorbeeld het afzonderen van primaire bankdiensten van de meer risicovolle activiteiten zoals handel voor eigen rekening; S.L. Schwarcz, 'Ring-fencing', *Southern California Law Review*, 2013, p. 69-110.

riale begrenzing van het recht – fragmentatie – en schept een uitgangspunt voor banken op de mondiale kapitaalmarkt. Ook de aandacht voor het crisismanagement van internationale banken is een belangrijke stap bij het bevorderen van financiële stabiliteit. Het is tegelijk wel een politieke uitdaging: juist ten aanzien van dit onderwerp waren er in de periode 2007-2009 stevige confrontaties tussen autoriteiten.

7.2 Nogmaals: risico's door regulering

Ook constateerde ik hiervoor al dat regulering een bron kan zijn van risico's. Het macro-juridisch perspectief toont dat de coördinatie en vaststelling van regelgeving op meerdere niveaus, een ambitieuze reguleringsagenda en het feit dat jurisdicties een eigen traditie hebben op het gebied van overeenkomsten-, zekerheden- en faillissementsrecht, leidt tot een cumulatie van wetgeving en richtinggevend normenkaders die op een internationale bank van toepassing zijn. De complexiteit van het recht is daardoor eveneens toegenomen. Dat komt tot uitdrukking in de toegankelijkheid en bruikbaarheid van de wet. De zoektocht naar een concrete norm in het Nederlands prudentieel bankrecht leidt langs versnipperde regelgeving op zowel een nationaal als een Europees niveau. Bovendien kan de toepassing van de gevonden regel worden beïnvloed door de extraterritoriale werking van buitenlands recht en moeten de daaruit voortvloeiende compliance risico's worden gewogen. Daarbij is de omvang van de wetgeving een verder complicerende factor. Het totaal aan regels dat relevant is voor G-SIBs en andere internationale banken overstijgt inmiddels de grenzen van het menselijk bevattingsvermogen. Alleen al het Amerikaanse financieel recht, inclusief de Dodd-Frank Act, kost een jurist honderd jaar aan studietijd.⁵¹ De samenhang tussen normenkaders, hun onderlinge interactie, de beoogde effecten en mogelijke bijwerkingen zijn daardoor moeilijk voorspelbaar. Nog een stap ingewikkelder wordt het als in deze juridische analyse ook de praktijk van het bankbedrijf wordt betrokken. Via de bankbalans (het geld wordt aangetrokken en uitgeleend in meerdere jurisdicties) en de groepsstructuur van de bank (met dochters en bijkantoren in tientallen rechtstelsels) staan de juridische lagen en compartimenten met elkaar in verbinding. Vooral langs deze weg kan het recht van invloed zijn op de wereldwijde financiële stabiliteit terwijl het zeer gecompliceerd is hier *ex ante* een analyse van te maken.⁵²

⁵¹ P. Wood, *International Legal Risks for Banks and Corporates*, A&O Global Law Intelligence Unit, 2014, p. 44. Hij baseert zijn ruwe schatting op het aantal pagina's aan wetgeving en het aantal pagina's aan tekst dat een ervaren student zonder sociaal leven in een jaar tijd zodanig kan internaliseren dat hij (m/v) daarover op universitair niveau geëxamineerd kan worden.

⁵² Een voorbeeld: in de literatuur is gesuggereerd dat Amerikaanse *non-recourse* zekerheidsrechten op woningen een factor zijn geweest in het ontstaan van de kredietcrisis. Dit zekerheidsrecht

8. SAMENWERKENDE TOEZICHTHOUDERS

Na de voorgaande verkenning van de mogelijkheden en begrenzingen van regulering, zal ik in deze en de volgende paragraaf verder ingaan op het prudentieel toezicht waaraan banken zijn onderworpen. Financiële stabiliteit is gediend met de coördinatie van dat toezicht, zeker als het een mondiaal systeemrelevante bank betreft. Het recht vervult daarbij een rol. Het draagt bij aan de integratie van het toezicht door harmonisatie van normen, de verplichting tot samenwerking tussen toezichthouders en, binnen de eurozone, het scheppen van de kaders voor een supranationaal banktoezicht.

8.1 Europese bankenunie: het SSM

Binnen de EU hebben negentien lidstaten de euro ingevoerd en vormen daarmee tezamen een muntunie. Bij de vorming van deze muntunie bleef het banktoezicht langs nationale lijnen gefragmenteerd. De daaraan verbonden risico's tekenden zich af bij de problematische redding van Fortis en openbaarden zich in volle omvang bij het uitbreken van de eurocrisis. De hoge staatsschuld van enkele eurolidstaten en hun wankelende bankensector dreigden de hele muntunie de afgrond in te sleuren. Deze bedreigende situatie creëerde voldoende urgentie en draagvlak om een bankenunie te formeren.⁵³ Een van de pijlers van deze bankenunie is een gemeenschappelijk banktoezicht. Sinds 4 november 2014 is de ECB belast met het directe toezicht op de grootste ('significante') banken binnen het eurogebied, waaronder acht G-SIBs.⁵⁴ Dit supranationaal toezicht wordt door de ECB uitgeoefend in samenwerking met de nationale toezichthouders. Dit

komt erop neer dat de bank geen vordering meer heeft op de debiteur als na een executieverkoop de opbrengst van het huis lager is dan de hoofdsom. Door afstand te doen van het huis en de sleutels in te leveren, bevrijdt de debiteur zichzelf ook van zijn schuld. Als de debiteur zijn schuld niet meer kan betalen of als de waarde van het huis daalt tot onder de hoofdsom, kan dat zelfs een rationele keuze zijn (een *strategic default*). Bij dalende huizenprijzen en een oplopende werkeloosheid wordt een zekerheidsrecht met een dergelijke ontsnappingsclausule een prudentieel risico. Als het risico op waardeverlies door de kredietverlener is overgedragen en verhandeld binnen het financieel stelsel maar onduidelijk is op welke bankbalans dat risico is neergedaald, dan leidt dat tot afnemend vertrouwen in het bancaire stelsel als geheel. Dat was wat er gebeurde in augustus 2007 en wat later de opmaat zou blijken tot de mondiale kredietcrisis in 2008. D. Solomon, O. Minnes, 'Non-recourse, no down payment and the mortgage meltdown: lessons from undercapitalization', *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2011, p. 529-571; J. Fried, *Who really drove the economy into the Ditch?*, 2012, p. 267-273.

⁵³ B. Bierens, 'De Bankenunie: een nieuw huis voor het Europees banktoezicht', *Ondernemingsrecht* 2014/59; D. Busch, G. Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, 2015.

⁵⁴ Op 30 december 2015 betrof het 129 significante banken.

samenwerkingsverband wordt het *Single Supervisory Mechanism* ('SSM') genoemd. Ik belicht hier enkele elementen die aansluiten bij het onderwerp van deze oratie. De gelaagde structuur van het recht komt tot uitdrukking in art. 4 lid 3 van de SSM-Verordening. Dit artikellid bepaalt dat de ECB zowel Uniewetgeving als ook nationale wetgeving toepast, althans dat deel van het recht waarin de relevante richtlijnen zijn omgezet. In Nederland zijn dat de onderdelen van de Wft en de lagere regelgeving waarin de CRD IV is geïmplementeerd. Verder beoogt het SSM de invloed van nationale belangen bij de toepassing van de prudentiële regels te doorbreken. De ECB is exclusief bevoegd om met betrekking tot de significante banken besluiten te nemen. Lastiger door wetgeving af te dwingen is het creëren van een uniforme cultuur voor het Europese banktoezicht. In de praktijk zal dit de komende jaren mede worden gerealiseerd door de inzet van individuele toezichthouders die zijn opgegroeid in een andere lidstaat dan de vestigingsplaats van de bank waar zij toezicht op houden. Ook een aparte beleidsafdeling binnen de ECB draagt bij aan de uniformering van het toezicht.⁵⁵ De bankenunie is een volgende stap op weg naar integratie binnen de eurozone. Tegelijk ontstaat daarmee ook een verdere tweedeling binnen de EU tussen lidstaten *binnen* en lidstaten *buiten* de eurozone. In het compartiment buiten de eurozone gelden ook de CRR/CRD IV maar is het banktoezicht nationaal gebleven. Met name het Verenigd Koninkrijk is belangrijk: Londen is een wereldwijd financieel centrum en de thuishaven van vier G-SIBs.

8.2 College van toezichthouders

Wat betekent deze compartimentering voor het prudentieel toezicht op een internationale bank? Stel: een G-SIB heeft zijn hoofdkantoor in Amsterdam (dus: binnen de eurozone) en verder ook vestigingen in Londen (dus: binnen de EU maar buiten de eurozone) en in New York (dus: in een derde land). De betrokken toezichthouders zullen moeten samenwerken bij het toezicht op deze G-SIB. De aard van de betrokkenheid verschilt per toezichthouder en is onder meer afhankelijk van de vraag of de bank binnen de jurisdictie van de toezichthouder actief is via grensoverschrijdende dienstverlening, een bijkantoor of een lokale dochtervennootschap. Om de samenwerking te faciliteren formeert de consoliderend toezichthouder een 'college van toezichthouders'.⁵⁶ Omdat de bank in dit voorbeeld zijn hoofdkantoor heeft in Nederland, is de ECB deze toezichthouder. Een terugkerend agendapunt tijdens de bijeenkomsten van het college van toezichthouders is het *supervisory review and evaluation process* ('SREP'). Als dit onderzoek aanleiding geeft om de bank specifieke verplichtingen op te leggen, zoals

⁵⁵ ECB, *Gids voor het banktoezicht*, november 2014, p. 17-18.

⁵⁶ Art. 116 CRD IV, art. 1:54b Wft. Level 2-regelgeving: Gedelegeerde Verordening (EU) 2016/98 van de Commissie van 16 oktober 2015 tot aanvulling van Richtlijn 2013/36/EU van het Eu-

aanvullende kapitaalsvereisten, wordt een SREP-besluit vooraf besproken in het college. Er is recent veel aandacht besteed aan het verbeteren van de effectiviteit van deze colleges. Toch blijft het een gecompliceerd samenwerkingsverband dat in essentie de afspiegeling is van politieke, economische en juridische verhoudingen. De deelnemende toezichthouders uit de EU werken samen binnen de kaders van de CRR/CRD IV. Voor wat betreft de activiteiten in de eurozone is de ECB zelfs de enige toezichthouder. Indien de EU-toezichthouders (in het voorbeeld de ECB en de *Prudential Regulation Authority* als onderdeel van de *Bank of England*) botsen in hun zienswijzen, kan de EBA een bemiddelende rol vervullen.⁵⁷ Deelnemende toezichthouders uit derde landen, zoals die betrokken bij de vestiging in New York, zijn niet gebonden aan de Europese regels. Op de breuklijn van juridische compartimenten wordt de effectiviteit van het banktoezicht dus niet zozeer bepaald door wettelijke voorschriften maar vooral door de bereidheid tot samenwerking.

9. SAMENWERKENDE RESOLUTIEAUTORITEITEN

De belangrijkste les uit de financiële crisis is dat zowel een ongecoördineerd bankfaillissement als een *bail-out* van noodlijdende banken een gevaar opleveren voor de financiële stabiliteit. Nieuwe toezichthouders – resolutieautoriteiten⁵⁸ – bewaken nu dat banken voldoende zijn voorbereid op noodsituaties en hebben vérstrekkende wettelijke bevoegdheden om in te grijpen als er daadwerkelijk nood aan de man is. De mogelijkheden en begrenzingen van het recht die ik hiervoor heb benoemd, komen tezamen bij een gecoördineerde resolutie van een mondiaal systeemrelevante bank.

ropees Parlement en de Raad met technische reguleringsnormen tot nadere bepaling van de algemene voorwaarden voor het functioneren van colleges van toezichthouders, *PbEU* 2016, L 21, p. 2; Uitvoeringsverordening (EU) 2016/99 van de Commissie van 16 oktober 2015 tot vaststelling van technische uitvoeringsnormen met betrekking tot het nader bepalen van het operationeel functioneren van de colleges van toezichthouders overeenkomstig Richtlijn 2013/36/EU van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2016, L 21, p. 21. Zie ook BCBS, *Principles for effective supervisory colleges*, juni 2014.

⁵⁷ Art. 19 Verordening (EU) Nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit nr. 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie, *PbEU* 2010, L 331, p. 12 ('EBA-Verordening').

⁵⁸ In de Nederlandse tekst van de BRRD en Deel 3A Wft wordt de Engelse term *resolution* vertaald met 'afwikkeling', wat de indruk kan wekken dat er sprake is van een soort liquidatie. Dat is echter minder juist omdat de maatregelen tijdens een afwikkeling ook gericht kunnen zijn op een (gedeeltelijke) voortzetting van de activiteiten. Ik geef daarom de voorkeur aan 'resolutie'.

9.1 Europese bankenunie: het SRM

Het *Single Resolution Mechanism* (SRM) vormt de tweede pijler onder de bankenunie. Het juridisch kader bestaat uit de BRRD, die binnen de gehele EU van kracht is, de SRM-Verordening waarvan de reikwijdte zich uitstrekt tot de lidstaten van de eurozone en een intergouvernementele overeenkomst op basis waarvan een privaats gefinancierd resolutiefonds wordt gevormd.⁵⁹ De leiding van het SRM ligt in handen van de Afwikkelingsraad of *Single Resolution Board* ('SRB'). Dit in Brussel gevestigd agentschap is direct verantwoordelijk voor de significante banken in de eurozone en werkt daarbij nauw samen met de nationale resolutieautoriteiten binnen de eurozone, zoals in Nederland DNB. Tot de taken van de SRB behoort het beoordelen van banken op hun 'afwikkelbaarheid' waarmee, kort gezegd, wordt bedoeld op de toepasbaarheid van de wettelijke resolutie-instrumenten waarmee de bank in geval van nood kan worden geherstructureerd, zonder dat dit een verstoring van het financieel stelsel tot gevolg heeft. Het SRB kan verstrekkende aanpassingen in de structuur van de groep verlangen om de afwikkelbaarheid van een bank op een toereikend niveau te brengen.⁶⁰ Ook behoort het tot de taak van het SRB om, in samenwerking met de nationale resolutieautoriteiten, in te grijpen als de bank faalt of waarschijnlijk zal falen en er geen alternatieven uit de private sector meer zijn te verwachten.⁶¹ Het besluit tot resolutie stelt de betreffende autoriteiten in staat om de in de wet voorziene afwikkelingsinstrumenten toe te passen.⁶²

⁵⁹ Verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad, *PbEU* 2014, L 225, p.1 ('SRM-Verordening'); Wet van 9 september 2015, houdende goedkeuring van de op 21 mei 2014 te Brussel tot stand gekomen Overeenkomst betreffende de overdracht en mutualisatie van de bijdragen aan het gemeenschappelijk afwikkelingsfonds (Trb. 2014, 146), *Kamerstukken II* 2014/15, 34155, Stb. 2015, 339.

⁶⁰ Art. 10 lid 4 SRM-Verordening en de bijlage bij de BRRD, onderdeel C. Deze bijlage bevat de zaken die in het kader van de afwikkelbaarheid van een bank beoordeeld moeten worden, zoals de vormgeving van de groep (nr. 1, 2, 5, 16, 21, 22) en de mogelijkheid tot een gecoördineerd optreden met de autoriteiten van buiten de EU (nr. 20). Het juridisch perspectief dat de wetgever verlangt, lijkt samen te vallen met de hier gepresenteerde macro-juridische analyse.

⁶¹ Art. 18 lid 1 SRM-Verordening; art. 32 lid 1 BRRD; art. 3A:18 lid 2 Wft.

⁶² Art. 22 lid 2 SRM-Verordening; art. 37 lid 3 BRRD; art. 3A:1 Wft.

9.2 Resolutie en 'bail-in'

Het belangrijkste resolutie-instrument is *bail-in* en komt op het volgende neer. Als een bank verliezen heeft geleden en de activa op de balans in waarde zijn gedaald door koersdalingen of wanbetalingen, zal dat verlies ten laste komen van het eigen vermogen aan de passiefzijde van de balans. Bij substantiële verliezen ontstaat het gevaar dat niet wordt voldaan aan de minimale kapitaalvereisten uit de CRR/CRD IV. Door een resolutie, inclusief *bail-in*, wordt de balans weer hersteld. De aandeelhouders verliezen hun aanspraken, en de vorderingen van achtergestelde schuldeisers worden geconverteerd in nieuwe aandelen. Deze omzetting vindt plaats tot een zodanig niveau dat weer aan de kapitaaleisen wordt voldaan. Het effect is dat de eerdere aandeelhouders, die de verschaffers van *risicodragend* kapitaal waren, ook daadwerkelijk de kosten dragen van de herkapitalisatie. Deze techniek van afschrijving en omzetting heeft in het SRM een wettelijke basis gekregen.⁶³ Bij een mondiaal systeemrelevante bank is de Nederlandse en Europese wetgeving echter niet toereikend om een inschatting te kunnen maken van de effectiviteit van een *bail-in*. Daarvoor is een macro-juridisch perspectief noodzakelijk, zoals enkele voorbeelden kunnen verduidelijken. Banken moeten in de voorwaarden van door hen uitgegeven financiële instrumenten bedingen dat de houders daarvan een *bail-in* erkennen.⁶⁴ Deze instrumenten kunnen door verschillende groepsvennootschappen en onder het recht van derde landen zijn uitgegeven en door investeerders over de gehele wereld worden gehouden. Het risico van conflicterende regels en onvoorziene uitkomsten door uitspraken van lokale rechters is dan ook groot. Deze onzekerheid wordt groter als rechters, naast de contractuele erkenning van een resolutie, ook gaan oordelen over de omvang van de afschrijving door een *bail-in*, over aanspraken van de benadeelde investeerders op compensatie of dat zij zelfs de benadeelde lokale schuldeisers een vorm van beslag of verhaal toestaan op de lokaal aangehouden activa van de bank-in-resolutie.

9.3 College van afwikkelingsautoriteiten

De effectiviteit van een *bail-in* bij een mondiaal systeemrelevante bank zal ook worden beïnvloed door de mate van samenwerking tussen de resolutieautoriteiten. Iedere autoriteit moet binnen haar jurisdictie maatregelen nemen die bijdragen aan een effectieve resolutie en daarmee het behoud van financiële stabiliteit. Om dat te faciliteren verlangt de BRRD dat een 'afwikkelingscollege' wordt opgericht, gemodelleerd naar het

63 Art. 12 SRM-Verordening; art. 43 BRRD; art. 3A:44 Wft.

64 Art. 55 lid 1 BRRD; 3A:13 Wft; Concept Level 2-regelgeving: EBA, *Final report. Draft Regulatory Technical Standards on the contractual recognition of write-down and conversion powers under Article 55(3) of Directive 2014/59/EU*, juli 2015, EBA/RTS/2015/06.

college van toezichthouders.⁶⁵ In dit afwikkelingscollege wordt besproken welke juridische, organisatorische en operationele maatregelen de bank moet nemen om afwikkelaar te zijn. Ook zal binnen het college worden gesproken over de allocatie binnen de groep van kapitaal dat in aanmerking komt voor een *bail-in*. Het gevolg kan zijn dat internationale banken meer decentraal en in meerdere compartimenten risicoabsorberend kapitaal moeten aanhouden. Als de solvabiliteit van een bank daadwerkelijk in de gevarezone komt, wordt in het college ook de uitvoering van het resolutieplan besproken. Voor wat betreft de banken uit de eurozone, zijn deze bevoegdheden neergelegd bij het SRB. Binnen de kaders van de BRRD zal het SRB samenwerken met de andere Europese afwikkelingsautoriteiten buiten de eurozone. De kaarten liggen anders ten aanzien van de samenwerking met autoriteiten uit derde landen. Deze resolutieautoriteiten kunnen verzoeken om als observant tot het Europese afwikkelingscollege te worden toegelaten. Dat is dus een betrekkelijk vrijblijvende rol.

9.4 Samenwerking met derde landen

Hiervoor constateerde ik al dat op de breuklijn van juridische compartimenten de effectiviteit van het banktoezicht vooral wordt bepaald door de bereidheid tot samenwerking. Dat is voor afwikkelingscolleges niet anders, maar met als verschil dat bij een dreigende ondergang van een grote bank die bereidheid onder druk komt te staan. Het beschermen van binnenlandse belangen bleek tijdens de crisis een krachtige drijfveer achter de keuzen van toezichthouders. Ik betwijfel of in New York de *superintendent* bereid is af te zien van zijn interventiebevoegdheden als die een Europese resolutie doorkruisen, zeker als Amerikaanse schuldeisers verliezen lijden door de toepassing van een *bail-in*. Een nalaten kan zelfs strijdig zijn met het mandaat van de Amerikaanse toezichthouders. Om een resolutie van een G-SIB of andere internationale bank te coördineren, zijn *hard law* maatregelen nodig. In de literatuur is geopperd om een mondiale resolutieautoriteit te formeren, een benadering die op dit moment nog een stap te ver lijkt.⁶⁶ Een andere oplossing is een verdrag tussen staten die zijn betrokken bij het toezicht op een G-SIB.⁶⁷ De BRRD voorziet in overeenkomsten en 'niet-bindende ka-

⁶⁵ Art. 88 lid 1 BRRD; Concept level 2-regulering: EBA, *Final draft Regulatory Technical Standards on resolution colleges under Article 88(7) of Directive 2014/59/EU*, juli 2015, EBA/RTS/2015/03.

⁶⁶ E. Avgouleas, *Governance of Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics*, 2012, p. 451-454; Schoenmaker, 2013, p. 144-152 ziet een rol voor het Internationaal Monetair Fonds (IMF) als mondiale resolutieautoriteit.

⁶⁷ Voor een voorstel daartoe: Institute of International Finance, *Making Resolution Robust. Completing the Legal and Institutional Framework for Effective Cross-Border Resolution of Financial Institutions*, 2012, Annex 1.

derovereenkomsten' met derde landen.⁶⁸ De uitkomsten van eventuele onderhandelingen gevoerd door de Commissie met derde landen zijn onzeker. Soevereine staten kunnen niet worden gedwongen om hun binnenlandse belangen uit handen te geven aan een buitenlandse autoriteit. Als robuuste afspraken over de wederzijdse erkenning van resolutiebevoegdheden inderdaad uitblijven, is dat een belangrijk signaal. Het wijst erop dat bij een toekomstige resolutie van een G-SIB de lokale autoriteiten uiteindelijk hun eigen binnenlandse belangen zullen laten prevaleren. En als die afspraken met derde landen er wel komen, valt nog te bezien of ze daadwerkelijk worden nageleefd onder de exceptionele druk van een dreigende instabiliteit. Zoals de Belgisch-Amerikaanse jurist George Ugeux het formuleerde: *who cares about being legal when the ship sinks?*⁶⁹

⁶⁸ Art. 93 en 97 BRRD; zie ook art. 3A:5 lid 1 onder a Wft. FSB, *Implementation and effects of the G20 financial regulatory reforms. Report of the Financial Stability Board to G20 Leaders*, November 2015, p. 20, verwijst naar 13 samenwerkingsafspraken tussen autoriteiten met betrekking tot mondiaal systeemrelevante financiële instellingen.

⁶⁹ G. Ugeux, *International Finance Regulation*, 2014, p. xxii.

10. TOT BESLUIT

Ik kom tot een afronding. De zoektocht naar een antwoord op de vraag hoe het recht en financiële stabiliteit zich tot elkaar verhouden voerde niet alleen langs de werkplaatsen van het financieel recht maar bood ook een ander, mondiaal perspectief op dit onderdeel van het recht. Is dat perspectief hoog over en abstract? Misschien wel, maar tegelijk ook dichtbij en dagelijkse realiteit voor bankjuristen die betrokken zijn bij de structuur van een bankgroep, toezichthouders die letten op de allocatie van kapitaal binnen deze groep, resolutieautoriteiten die zich buigen over de 'afwikkelbaarheid' van een bank en beleidsmakers die zich richten op prioriteiten en uitvoering van de reguleringsagenda. Het perspectief verbindt de hoofdlijnen met de details en toont hoe sommige fijnmazige regels uit de Wft en CRR zijn geworteld in internationale standaarden en zijn verweven met de aard en vormgeving van het internationaal bankbedrijf. Bezien vanuit deze invalshoek, blijkt de samenhang tussen recht en financiële stabiliteit tweeledig. Enerzijds draagt het recht bij aan stabiliteit door eisen te stellen aan de bank, waardoor de risico's van het bankbedrijf worden beperkt. Sinds de crisis zijn belangrijke stappen gezet door mondiale coördinatie van stabiliteitsbevorderende normen, inclusief kapitaaleisen en nieuwe regels voor de afwikkeling van banken, de harmonisatie van regulering – zoals binnen de EU het *Single Rule Book* – en een intensivering en verdieping van het bankentoezicht, met de totstandkoming van de Europese bankenunie en supranationaal toezicht als meest in het oog springende voorbeeld. Anderzijds kent het recht ook beperkingen en kan het zelfs de bron zijn van risico's. De toegenomen hoeveelheid aan *soft law* en *hard law* leidt tot een afnemende hanteerbaarheid en voorspelbaarheid van het recht. Ook draagt wetgeving door haar territoriale begrenzing bij aan de fragmentatie van de mondiale kapitaalmarkt. Deze compartimentering is binnen de eurozone verminderd maar tussen de VS en de EU nog altijd zichtbaar. Op deze breuklijn wordt de uiterste spankracht van het prudentieel bankrecht bereikt. Mondiale financiële stabiliteit verlangt hier een intensieve samenwerking die vooralsnog niet met harde rechtsregels kan worden afgedwongen.

Dankwoord

Niet alleen het recht, maar ook mijn spreektijd kent z'n grenzen. Ik ben aan het einde van mijn rede gekomen. Tot besluit zou ik nog graag enkele woorden van dank willen uitspreken.

Mijnheer de rector magnificus, leden van het college van bestuur van de Radboud Universiteit,

Ik ben u erkentelijk voor mijn benoeming en het vertrouwen dat daaruit spreekt. Ik aanvaard deze benoeming met plezier en zal mij naar vermogen inzetten om mijn leeropdracht inhoud te geven.

Mijnheer de decaan, leden van het faculteitsbestuur,
Ik dank u voor uw betrokkenheid bij mijn benoeming.

Waarde Jansen, beste Corjo,

Diverse malen hebben we gesproken over mijn leeropdracht en de bijdrage die ik kan leveren aan het Instituut voor Financieel Recht, een prachtig onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht. Graag dank ik je voor je betrokkenheid bij mijn benoeming en het in mij gestelde vertrouwen.

Waarde Busch, beste Danny,

Onder jouw leiding is het Instituut voor Financieel Recht in een kort tijdsbestek stevig op de wetenschappelijke kaart gezet. Het is een voorrecht om met je te mogen samenwerken. Dat twee Arnhemmers uitgerekend in Nijmegen samen de les mogen lezen, plaatst onze samenwerking op voorhand in een historisch perspectief.

Waarde Grundmann-van de Krol, beste Christel,

Mijn eerste schreden op het pad van het financieel recht heb ik gemaakt aan de hand van jouw boeken. Later heb ik je persoonlijk leren kennen. Je bent en blijft voor mij een voorbeeld, zowel wat betreft je publicaties als ook je persoonlijke betrokkenheid.

Waarde collega-hoogleraren, fellows en andere medewerkers van het Instituut voor Financieel Recht,

Kennis wordt meer als je het deelt. Laten we daarom doorgaan met delen zodat onze kennis over het financieel recht even hard blijft groeien als dit rechtsgebied zelf.

Waarde Vranken, beste Jan,

Vandaag op de dag af zes jaar geleden verdedigde ik mijn dissertatie die ik onder jouw begeleiding heb geschreven. Onze gesprekken hebben niet alleen richting gegeven aan mijn dissertatie maar ook aan mijn verdere loopbaan. Ik ben je daar zeer dankbaar voor.

Beste collega's van Rabobank,

Coöperatie betekent samenwerking. De inspiratie die ik haal uit de samenwerking met jullie, hoop ik te kunnen beantwoorden met academische inzichten. Bevlogenheid ontstaat waar kennis en talent samenkomen. Het is bijzonder om hier zoveel bevlogen collega's te zien. Graag richt ik daarbij ook een bijzonder woord van dank aan Jan Schuchard, hoofd Juridische Zaken (JZ) van Rabobank, die mij de kans gaf om in de academische voetsporen te treden van de collega's Rob van Esch, Jan Berkvens, en - ruim een halve eeuw terug in de tijd - Peter Stein.

Lieve pa en ma,

We zijn wel eens eerder samen in Nijmegen geweest en ik ben blij dat jullie er vandaag weer zijn. Voor alles wat jullie mij hebben gegeven, dank ik jullie vanuit de grond van mijn hart. En alleen aan jullie durf ik te zeggen dat mijn vak eigenlijk maar een bijzaak is. Jullie gezondheid is voor mij een hoofdzaak.

Lieve Edith, Anne en Daan,

Lieve Edith, je houdt er niet van om publiekelijk bedankt te worden. Daarom kan ik hier helaas niet zeggen hoe onmetelijk veel je voor me betekent. Lieve Anne en Daan, jullie zijn vandaag de jongste aanwezigen. Ik hoop dat deze bijzondere bijeenkomst nog lang mag voortleven in jullie herinnering. En dan bedoel ik natuurlijk niet al die woorden die ik heb gesproken, maar het moment dat je moest lachen om voor de eerste keer je vader in een toga te zien.

Geachte toehoorders,

Ik dank u voor uw aandacht.

Ik heb gezegd.

AANGEHAALDE LITERATUUR EN JURISPRUDENTIE

1 Boeken en tijdschriften

- M. Andenas, I. H-Y Chiu, *The foundations and future of financial regulation*, 2014
- E. Avgouleas, *Governance of Global Financial Markets. The Law, the Economics, the Politics*, 2012
- J. Barth, C. Brummer, T.C. Li, D. Nolle, *Systemically Important Banks (SIBS) in the Post-Crisis Era*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 617-664
- B. Bierens, 'De Bankenunie: een nieuw huis voor het Europees bankentoezicht', *Ondernemingsrecht* 2014/59
- A.S. Blinder, *After the Music Stopped. The Financial Crisis, the Response, and the Work Ahead*, New York, 2013
- W. Boonstra, *Geld speelt (g)een rol. Over de waarde, schepping en vernietiging van geld (Oratie Amsterdam)* 2013
- C. Brummer, *Soft law and the global Financial system. Rule making in the 21st century*, 2015
- D. Busch, 'Ook volgens Hoge Raad wanbeleid bij Fortis na overname ABN AMRO', *FR* 2014-1/2, p. 30-35
- D. Busch, G. Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, 2015
- M.H.P. Claassen, J.L. Sniijders, 'De ontwikkeling van de Nederlandse kredietunie als alternatieve financieringsvorm', *FIP* 2015(5) 271
- E. Ferran, *Institutional Design. The Choices for National Systems*, in: N. Moloney (e.a.), *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, 2015, p. 97-128
- J. Fried, *Who really drove the economy into the Ditch?*, 2012
- W. van Gerven, S. Lierman, *Algemeen Deel Veertig jaar later. Privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, 2010

- R. Herring, J. Carmassi, *Complexity and Systemic Risk. What's Changed Since the Crisis?*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 77-112
- B.P.M. Joosen, 'De definitie van kredietinstelling in het Europese Single Rule Book', *TvFR* 2015
- E.P.M. Joosen, M.K.Z. Groot, *Kapitaal- en liquiditeitseisen voor banken*, 2015
- E.P.M. Joosen en C.W.M. Lieverse, 'Financieel recht en internationale financiële groepen', *Ondernemingsrecht* 2015/113
- K. Lannoo, *The Great Financial Plumbing. From Northern Rock to Banking Union*, (CEPS), 2015
- J. Nordvig, *The Fall of the Euro. Reinventing the Eurozone and the Future of Global Investing*, New York, 2014
- J. Peek, E. Rosengren, *The role of banks in the transmission of monetary policy*, in: Berger e.a. *The Oxford Handbook of Banking*, 2015, p. 453-473
- C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, 1999
- J.M. van Poelgeest, 'Crowdfunding, mede mogelijk gemaakt door de wetgever?' *O&F* 2014, p. 38-61
- C. Proctor, *The law and practice of international banking*, 2010, p. 272-280
- L. Quaglia, *The European Union & Global Financial Regulation*, 2014.
- R.G. Rajan, *Faultlines. How hidden fractures still threaten the world economy*, 2010.
- D. Rodrik, *The Globalisation Paradox*, 2011
- D. Schoenmaker, *Governance of International Banking. The Financial Trilemma*, 2013
- S.L. Schwarcz, 'Systemic Risk', *The Georgetown Law Journal*, 2008 (vol. 97), p. 193
- S.L. Schwarcz, 'Ring-fencing', *Southern California Law Review*, 2013, p. 69-110

- V.P.G. de Serièrè, *Als de (stille?) noodklok luidt... Overheidsingrijpen in privaatrechtelijke verhoudingen ten behoeve van stabiliteit in de financiële sector* (oratie Nijmegen), 2012
- L.J. Silverentand e.a., *Hoofdlijnen Wft*, 2015
- L.H.R. Smit, A.I. Gospodinov, 'Wijzigingswet financiële markten 2015: wat verandert er voor concernfinancieringsmaatschappijen?', *TvFR* 2015, p. 5-12
- D. Solomon, O. Minnes, 'Non-recourse, no down payment and the mortgage meltdown: lessons from undercapitalization', *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2011, p. 529-571
- R. Theissen, *EU Banking Supervision*, 2013
- G. Ugeux, *International Finance Regulation*, 2014
- P. Wood, *International Legal Risks for Banks and Corporates*, A&O Global Law Intelligence Unit, 2014

2 Onderzoekscommissies, rapporten en beleidsdocumenten:

- Autoriteit Consument en Markt, *Barrières voor toetreding tot de Nederlandse bancaire retailsector*, juni 2014
- BCBS, 'Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems', december 2010
- BCBS, *Global systemically important banks: updated assessment methodology and the higher loss absorbency requirement*, juli 2013
- BCBS, *Principles for effective supervisory colleges*, juni 2014
- DNB, *Scherper licht op financiële stabiliteitsrisico's van het schaduwbankwezen*, Occasional Studies vol. 13-7, 2015
- DNB, *Visie op de Structuur van de Nederlandse bankensector. Stabiliteit en efficiëntie door diversiteit en concurrentie*, juni 2015
- ECB, *Gids voor het bankentoezicht*, november 2014

- FSB, *2015 update of list of global systemically important banks*
- FSB, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 2011, met supplement 2014
- FSB, *Implementation and effects of the G20 financial regulatory reforms. Report of the Financial Stability Board to G20 Leaders*, November 2015
- *High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector*, Brussel, 2012 (Liikanen Rapport)
- Institute of International Finance, *Making Resolution Robust. Completing the Legal and Institutional Framework for Effective Cross-Border Resolution of Financial Institutions*, 2012
- Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, *Een routekaart naar een bankenunie*, COM(2012) 510 final
- Onderzoeksrapport 'De bevoegdheden van De Nederlandsche Bank inzake Icesave', *Kamerstukken II* 2008/09, 31371, nr. 205
- Rapporten van de Tijdelijke commissie onderzoek financieel stelsel (Commissie De Wit), *Kamerstukken II*, 2009/10, 31 980, nr. 4 ('Verloren krediet'); *Kamerstukken II*, 2011/12, 31 980, nr. 61 ('Verloren krediet II', Eindrapport)
- Rapport van de Commissie Structuur Nederlandse Banken (Commissie Wijffels), 'Naar een dienstbaar en stabiel bankwezen', *Kamerstukken II* 2012/13, 32013, nr. 33
- Rapport van de Evaluatiecommissie Nationalisatie SNS Reaal (Commissie Hoekstra/Frijns), *Kamerstukken II* 2012/13, 33532, nr. 32
- *The Turner Review. A regulatory response to the global banking crisis*, Financial Services Authority 2009
- *The High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, Brussel 2009 (Laroisière Rapport)
- *The Financial Crisis Inquiry Report*, National Commission on the Causes of the Financial and Economic Crisis in the United States, 2011

- *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, Report by the President of the European Council Herman Van Rompuy (EUCO 120/12)

3 Jurisprudentie

- Hof Amsterdam 5 april 2012, JOR 2013/41, m.nt. C.D.J. Bulten (*VEB/Ageas*).
- HR 6 december 2013, JOR 2014/65, m.nt M. Holtzer (*Ageas/VEB*)
- College voor de Rechten van de Mens, 2 april 2014, oordeel 2014-40 (*X/BinckBank*)
- HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:661; JOR 2015/140, m.nt. Josephus Jitta en NJ 2015/361, m.nt. J.W. Winter en P. van Schilfgaarde (SNS)

BIJLAGE 1

MONDIAAL SYSTEEMRELEVANTE BANKEN (FSB, november 2015)			
(I) EUROPA			
(a) EU Eurozone			
	1	Deutsche Bank	Duitsland
	2	Société Générale	Frankrijk
	3	BNP Paribas	Frankrijk
	4	Group BPCE	Frankrijk
	5	Group Credit Agricole	Frankrijk
	6	Santander	Spanje
	7	Unicredit Group	Italië
	8	ING Bank	Nederland
(b) EU buiten de Eurozone			
	9	HSBC	Verenigd Koninkrijk
	10	Barclays	Verenigd Koninkrijk
	10	Royal Bank of Scotland	Verenigd Koninkrijk
	12	Standard Chartered	Verenigd Koninkrijk
	13	Nordea	Zweden
(c) Buiten de EU			
	14	Credit Suisse	Zwitserland
	15	UBS	Zwitserland
(II) AMERIKA			
	16	JP Morgan Chase	Verenigde Staten
	17	Citigroup	Verenigde Staten
	18	Bank of America	Verenigde Staten
	19	Goldman Sachs	Verenigde Staten
	20	Morgan Stanley	Verenigde Staten
	21	Bank of New York Mellon	Verenigde Staten
	22	State Street	Verenigde Staten
	23	Wells Fargo	Verenigde Staten
(III) AZIE			
	24	Agricultural Bank of China	China
	25	Bank of China	China
	26	Industrial and Commercial Bank of China Ltd	China
	27	China Construction Bank	China
	28	Mizuho FG	Japan
	29	Sumitomo Mitsui FG	Japan
	30	Mitsubishi UFJ FG	Japan

BIJLAGE 2

New York Banking Law - Section 606: When superintendent may take possession of banking organization; when possession may be surrendered

1. The superintendent may, in his discretion, forthwith take possession of the business and property of any banking organization whenever it shall appear that such banking organization:
 - (a) Has violated any law;
 - (b) Is conducting its business in an unauthorized or unsafe manner;
 - (c) Is in an unsound or unsafe condition to transact its business;
 - (d) Cannot with safety and expediency continue business;
 - (e) Has an impairment of its capital; or, in the case of a mutual savings and loan association or credit union, has assets insufficient to pay its debts and the amount due members upon their shares;
 - (f) Has suspended payment of its obligations; or, in the case of a mutual savings and loan association, has failed for sixty days after a withdrawal application has been filed with it by any shareholder to pay such withdrawal application in full;
 - (g) Has neglected or refused to comply with the terms of a duly issued order of the superintendent;
 - (h) Has refused, upon proper demand, to submit its records and affairs for inspection to an examiner of the department;
 - (i) Has refused to be examined upon oath regarding its affairs.
 - (j) Has neglected, refused or failed to take or continue proceedings for voluntary liquidation in accordance with any of the provisions of this chapter.
2. The superintendent may, in his discretion, and upon such conditions as may be approved by him, surrender possession and permit such banking organization to resume business.
3. When the superintendent shall have duly taken possession of the property and business of any such banking organization, he may hold such possession until its affairs are finally liquidated by him, unless he shall surrender possession as provided in subdivision two of this section or be enjoined from continuing possession as provided in section six hundred seven of this article, or unless such banking organization shall, with the written approval of the superintendent, voluntarily wind up its affairs as provided in section six hundred five of this article.

4. (a) The superintendent may also, in his or her discretion, forthwith take possession of the business and property in this state of any foreign banking corporation that has been licensed by the superintendent under the provisions of this chapter, including, for the purposes of this article, any such corporation whose license has been surrendered or revoked, upon his or her finding that any of the reasons enumerated in subdivision one of this section exist with respect to such corporation or that it is in liquidation at its domicile or elsewhere or that there is reason to doubt its ability or willingness to pay in full the claims of the creditors hereinbelow described. Title to such business and property shall vest by operation of law in the superintendent and his or her successors forthwith upon taking possession. Thereafter the superintendent shall liquidate or otherwise deal with such business and property in accordance with the provisions of this chapter applicable to the liquidation of banking organizations, except that the superintendent may deal with such business and property and prosecute and defend any and all actions relating thereto in his or her own name as superintendent. Only the claims of creditors of such corporation arising out of transactions had by them with its New York agency or agencies, or with its New York branch or branches, shall be accepted by the superintendent for payment out of such business and property in this state as provided in this article. Acceptance or rejection of such claims by the superintendent shall not prejudice such creditors' rights to otherwise share in the assets of such corporation. The following claims shall not be accepted by the superintendent for payment out of such business and property in this state: (1) claims which would not represent an enforceable legal obligation against such branch or agency if such branch or agency were a separate and independent legal entity; and (2) amounts due and other liabilities to other offices, agencies or branches of, and affiliates of, such foreign banking corporation.
- (b) Whenever the accepted claims, together with interest thereon, if interest was paid, and the expenses of the liquidation have been paid in full or properly provided for, the superintendent upon the order of the supreme court shall turn over the remaining assets to, in the first instance, other offices of the foreign banking corporation that are being liquidated in the United States, upon the request of the liquidators of those offices, in amounts which the liquidators of those offices demonstrate to the superintendent are needed to pay the claims accepted by those liquidators and any expenses incurred by the liquidators in liquidating those other offices of the foreign banking corporation. After such payments, if any, have been

made, any assets of the foreign banking corporation remaining in the hands of the superintendent shall be turned over to the principal office of such foreign banking corporation, or to the duly appointed domiciliary liquidator or receiver of said foreign banking corporation. Dividends and other amounts remaining unclaimed or unpaid in the hands of the superintendent for six months after such turn-over shall be deposited by him or her as provided in article two of this chapter.

- (c) As used in this subdivision the phrase “business and property in this state” includes, but is not limited to, all property of the foreign corporation, real, personal or mixed, whether tangible or intangible, (1) wherever situated, constituting part of the business of the New York agency or branch and appearing on its books as such, and (2) situated within this state whether or not constituting part of the business of the New York agency or branch or so appearing on its books.
 - (d) For the purposes of this subdivision, the words “debts”, “obligations”, “deposits” and other similar terms as used in subsequent sections of this article, shall be deemed to refer to the claims that the superintendent shall accept pursuant to paragraph (a) of this subdivision, the words “creditors” and “depositors” shall be deemed to refer to the owners of such accepted claims and, except when the context shall otherwise require, the terms “banking organization” and “corporation” shall be deemed to refer to the New York agency or agencies or branch or branches and the word “officer” shall include the agent or other person in charge of such agency or agencies and any person in charge of or who is an officer of such branch or branches. As used in this subdivision, (i) “affiliate” shall mean any person, or group of persons acting in concert, that controls, is controlled by or is under common control with such foreign banking corporation and (ii) “control” means any person, or group of persons acting in concert, directly or indirectly, owning, controlling or holding with power to vote, more than fifty percent of the voting stock of a company, or having the ability in any manner to elect a majority of the directors of a company, or otherwise exercising a controlling influence over the management and policies of a company as defined by the superintendent by regulation. For purposes of this subdivision, the term “person” shall mean a corporation, unincorporated association, partnership, or any other entity or individual.
5. The term “banking organization” as used in this and subsequent sections of this article shall be deemed to include a corporation which has engaged in any busi-

ness or other activity prohibited by section one hundred thirty-one of this chapter, and an unincorporated association, partnership, fiduciary or individual who has engaged in any business or other activity prohibited by section one hundred eighty of this chapter.

6. (a) In the case of the liquidation of an investment company by the superintendent, accepted claims, amounts due and other liabilities owed to affiliates of such investment company shall be paid only after all accepted claims, amounts due and other liabilities owed have been fully paid to such creditors and other claimants of the investment company that are not affiliates of such investment company.
- (b) For the purposes of this subdivision, (i) "affiliate" shall mean any person, or group of persons acting in concert, that controls, is controlled by or is under common control with such investment company, and (ii) "control" means any person, or group of persons acting in concert, directly or indirectly, owning, controlling, or holding with power to vote, more than fifty percent of the voting stock of a company, or having the ability in any manner to elect a majority of the directors of a company, or otherwise exercising a controlling influence over the management and policies of a company as defined by the superintendent by regulation. For purposes of this subdivision, the term "person" shall mean a corporation, unincorporated association, partnership, or any other entity or individual.